HIERONYMI *Treutleri J C.*

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PAN. dectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE *gemino.*



Ex Legato Illustriss: Socini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIƆ IƆ CVI.

HIERONYMI
Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PAN-dectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE *gemino.*



Ex Legato Illustriss: Socini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIƆ IƆ CVI.

HIERONYMI
Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE gemino.



Ex legato Illustriss: Socini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

cIↄ Iↄ CVI.

HIERONYMI Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE gemino.



Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,

Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIƆ IƆ CVI.

HIERONYMI
Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PANDECTARUM COMPREHENSUM,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARPURGENSI exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE gemino.



Ex Legato Illustriss: Foscini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIↃ IↃ CVI.

HIERONYMI
Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE gemino.



Ex Legato Illustriss: Focini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIↃ IↃ CVI.

HIERONYMI Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PAN. dectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QVIBVS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE *gemino.*



Ex legato Illustriss: Socini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

cIↃ IↃ CVI.

HIERONYMI
Treutleri J C.

SELECTARUM DISPUTATIONUM AD JUS CIVILE JUSTINIANÆUM QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehensum,

Volumina duo.

DE QUIBUS OLIM IPSO PRÆSIDE IN CELEBERRIMA ACADEMIA MARpurgensi exercitii gratia disputarunt nobiles & eruditi juvenes LL. studiosissimi, quorum nomina singulis disputationibus asscripta sunt.

Editio quinta.

Cum INDICE *gemino.*



Ex Legato Illustriss: Focini

Cum S. Cæs. Majest. Gratia & Privilegio.

MARPURGI,
Apud Paulum Egenolphum, Typogr. Acad.

CIↃ IↃ CVI.

TENOR PRIVILEGII CÆSAREI.

RUDOLPHI II. IMPERATORIS AUGUSTI, Germaniæ, Hungariæ, Bohemiæq; Regis, &c. privilegio speciali cautum est HIERONYMO TREUTLERO JC. S. Cæs. Regiæq; Majest. Consiliario, Fisciq; per Lusatiam superiorem Patrono, ne quis Typographus aut Bibliopola hos thesium juris civilis libros intra sacri Romani Imperii fines excudere, distrahere, venalésve exponere ausit, intra decenniũ integrum à die cujuslibet editionis numerandum, præter eum, cui præfatus TREUTLERUS idipsum specialiter & nominatim permiserit, sub pœna decem marcarum auri puri, dimidia ex parte fisco Imperii, altera medietate præfato autori, aut cui Typographo ipse librum excudendum tradiderit, applicandarum, &c. Datum in arce Regia Pragæ, XXI. Martii. Anno Christi, millesimo, quingentesimo, nonagesimo sexto.

Rudolphus.

Ad mandatum Sacr. Cæs.
Majest. proprium.

Io. VVolffg. Freymondt.

A. Beneck.

AD MAGNIFICUM, NOB. ET AMPLISSIMUM SENATUM

inclytæ Reipubl. Vratislaviensis,

HIERONYMI TREUTLERI PRÆFATIO.

INGENIOSE & sapienter, Patres Conscripti, in 4. de Legibus Plato, ideam, suo more, pingens Reip. bene constitutæ, eam demum civitatem judicat verè felicem, quæ à Deo regitur: eam verò cui homo præest, hoc est, quæ sola humana sapientia administratur, ærumnis vacuam esse non posse. Quod sanè ut confirmet, multus eo in loco est: dum collationem instituit aurei illius seculi: dum leges promulgat de religione, de pietate in parentes, de fœderibus conjugiorum: dum deniq; ostendit, ut equi non ab equis, (quam similitudinem & Xenophon alibi usurpat) boves non à bobus, nec capræ à capris reguntur: sed ab homine, cujus genus longè est brutâ illa natura præstantius: ita societatis humanæ gubernationem commendandam non ex promiscua fœce hominum natis, sed viris heroicis, quorum virtus spectata, ejusq; comites authoritas & felicitas tantum inter reliquos omnes emineat:

Quantum lenta solent inter viburna cupressi, *ut de sua Roma sub pastoris habitu canit Maro. Regant hominum vitam, ait porrò nomotheta noster, non affectus & privata arbitria potentum, sed leges honestæ, in quibus* DEI *lucet sapientia, & ad quas ipsi etiam magistratus sua attemperent omnia. Prima verò ac præcipua gubernatorum cura sit, ut ipsi sint socii* DEI, *ambulent in comitatu ipsius: in quo viri sapientes & beati enixè elaborant: superbi verò suarum virium ntentes fiduciâ à comitatu* DEI *se avellunt, suas Respublicas pessundant, tandem ipsi & evertunt. Quod si vivis exemplorum coloribus illustrandum esset,* DEUS *bone quis nobis ex sola Græca historia ad dicendum campus se aperiret! Verùm nec id epistolæ brevitas patitur: nec opus est apud sapientes, quibus hæc ignota non sunt. Pergit itaq; Plato, & obambulare* DEUM *dicit & circumire imperia, ut inspectorem & custodem eorundem perpetuum: quem sequatur ultrix insolentiæ Nemesis, comitetur vindex scelerum Zelus*

sive indignatio. Cùm verò similitudo omnem amicitiam & conciliet & nutriat, ait oportere nos esse DEO *similes, hoc est, conspici in nobis oportere virtutes, quibus copulati cum* DEO *simus in comitatu ipsius. Unde tandem concludit, normam omnium actionum, immotámque regulam statui oportere* DEUM: *tum demum fore ut stent imperia, & tranquilla pace ac disciplina honesta perpetuò floreant. Ingeniosè, inquam, hæc ita connectit divinus ille, ut olim nominari meruit, Plato: quæ tamen nobis non in Platonis tantùm ludo, sed præcipuè in schola Spiritus sancti edoctis, non sunt satis divina. Etsi enim orationem hanc ex rivulis legis naturæ extructam non aspernamur: quia tamen particulam tantùm complectitur lucis divinæ, eam nempe quæ naturâ nota est etiam gentibus, ideò manca ea est & mutila, nec omninò amplitudinem rei, de qua sermo est, assequi valet. Quis enim* DEUS *ille sit summè sapiens & bonus, cujus nos exprimere in vita similitudinem, conformitatem retinere debeamus, neq; novit ipse Plato, neq; docere alios potuit. Similitudinem etiam cum* DEO *dum in nudis illis virtutum simulacris ac revera umbris inanibus collocat, quas homines solo naturæ ductu per assuefactionem crebram utcunq; efformant, satis ostendit ignorare se τὸ διὸν sive causam miseriæ nostræ & fœdæ illius corruptionis, qua natura nostra per lapsum contaminata est. Multò minus novit unicum illum ὁδηγὸν, qui ad societatem cum* DEO *postliminiò nos reducit, Christum: cùm arcana illa sapientia toti rationi humanæ ignota per solam revelationem divinam patefacta sit in Evangelio. Unde in propatulo est, gubernatorem Reip. Platonicum nequaquam esse, ut ipse existimat, in comitatu* DEI: *neq; hac ratione propagari sapientiam & justitiam, quam lucere* DEUS *præcipuè & conspici in ordine politico jubet. Spes enim omnis & opinio rerum feliciter gerendarum pendet ei ex sagacitate propria suppeditante celeriter consilia idonea, & efficiente omnia cum quadam dexteritate: quæ tamen omnia, ut ex omnium ætatum historiis & Rebuspub. constat, facilimè concidunt & evanescunt. Discernenda igitur fuerit Platonica hæc idea ab illo intellectu, luce & justitia, quam in mentibus piorum ipso* DEI *Filio docente accendit Spiritus sanctus, ne halucinatione quapiam aberrent à* DEO, *ut recta sint consilia, & actiones ad normam divinitùs patefactam dirigantur. Multò proinde pleniùs & diviniùs Rex sanctus ac verè socius* DEI *in Psalmo:* Quando Principes populorum congregantur cum DEO Abraham, tum demum exaltatur DEUS valdè: *hoc est, tum ea floret tranquillitas, in qua & sonare vox divina in piorum congressibus publicis: & erudiri ad pietatem juventus, & ad conservandam disciplinam frequentari judicia possint. Ejusmodi gubernationis forma, Patres Conscripti, conspicitur revera in laudatissima vestra Republ. cujus status,* DEI *beneficio, multùm antecellit & gloriam*

monar-

monarchia Alexandri cum suo penè rege evanescentem, vel Augusti Cesaris in tyrannicas successorum lanienas desinentem: & illam ipsam ideam status politici, quam laudatus ille Plato efformare conatus est. Etenim & pura veri DEI *agnitio in animis tum vestris tum subditorum fulget, eaq; moderatrix est cæterarum virtutum longè præstantior fræno illo Palladis, quod Homerus commentatur. Aperuistis jamdudum portas vestras Regi gloriæ: constituistis Ecclesias & scholas: easq; omni cura conservatis, ut ad posteritatem vera de* DEO *doctrina propagetur, & ad disciplinæ quandam severitatem maturè assuefiat juventus, quæ seminarium est Reipubl. Itaq; quod nulli Ethnicorum utcunq; excellenti Imperatori contigit, custodes estis utriusq; tabulæ Decalogi: & in politica vestra gubernatione, ut verbo complectar quod res est, omninò vivum lucet exemplum illius quod ait regum post homines natos sapientissimus:* Oculus videt: & auris audit: utrumq; verò est à Domino. *Et profectò dubium cogitantibus videri possit, utrum in imperando major vestra prudentia pari moderatione conjuncta, an in subditis & civibus vestris promtior ad imperata faciendum voluntas conspiciatur. Non commemoro nunc reliqua urbis vestræ ornamenta: quæ tot ac tanta sunt, ut orationem desiderent peculiarem, imò commentarium eruditi alicujus artificis requirant: & quæ singula fortè cum paucis aliis Rebuspubl. vobis sunt communia: illud sanè singulare ac propè proprium istius vestræ civitatis, quod in amplissimo vestro ordine perpetua sapientiæ opinio summis etiam Imperatoribus semper inesse est visa. Quæ res effecit, ut jam olim Carolus IV. Imperator beneficus, & cùm toti Imperio Rom. tum inprimis Bohemiæ suæ regno & illi annexis provinciis salutaris, præter amplissimas immunitates & alia beneficia, totius Ducatus Vratislaviensis Præfecturam ordini vestro amplissimo concesserit: quam cùm hactenus semper viri strenui, authoritate, sapientia & dignitate nobilissimi summa vestra cum laude tenuerunt: tum & hodie eandem administrat vir strenuus & verè magnificus, Dn.* ABRAHAMUS JENCKWITZIUS, *quem nunc in os, quod dicitur, pluribus non laudo, quod molestum esse viris bonis, sapienter Tragicus Poëta scribit. Illud solùm adjicio, quod* DIVUS FERDINANDUS, *Imperator sapientissimus eo vestram Rempubl. elogio ornavit, quod nulla temporis vetustas unquam abolebit, cùm ad fratrem Invictiß.* CAROLUM V. *audientibus viris præcipuis conversus aliquando dixit: Est urbs Vratislavia pulcra, ibiq; forma gubernationis est optima. Et sanè etsi structura ædificiorum eam ostendant elegantiam, qua vix alibi in Germania occurrit pulchrior: non tamen pulchriores sunt suis dominis, in quibus vera virtutum & pietatis exempla lucent, non penicillo Platonis adumbrata, sed ab ipso Spiritu sancto accensa &*

illustrata. Cùm itaq; ea res peregrino cuiq; caussas suppeditare idoneas possit, ut amplissimæ isti vestræ Reip. optimè precandum censeat: facilè intelligo mihi quid faciendum sit, quem patriæ, urbis nempe Suidniciensis, propinquitas ut locorum vicinia conjunxit, ita ab ineunte ætate admiratorem vestræ illius celebratissimæ Reipubl. effecit. Atq; illud de vobis semel animo conceptum judicium non modò non restinxit, sed & auxit mea per annos benè multos, quibus in præcipuis Germaniæ Academiis versor, peregrinatio. Proinde cùm demandata mihi publicè docendi ab Illustriss. Hassiæ Principibus, dominis meis clementiss. provinciâ, simul exercendi tum mei, tum eruditissimorum juvenum, qui id jure quodam suo à me efflagitabant, caussa, disputationes juris, à quarum frequentia jamdudum illustris hæc Academia suo merito celebratur præ aliis, suscepissem, easq; in publicum edendi iidem autores essent qui & suscipiendi: atq; omninò operi quærendus esset patronus & quoddam quasi numen tutelare: nec potui, nec debui has studiorum primitias consecrare aliis rectius, quàm iis, quorum autoritatem tota nostra Silesia sequitur lubenter, & ad quos respicit & illa ipsa vobis vicina urbs Suidnicensis, in qua DEUS *lucem hanc aspicere me primùm voluit. Si enim, ut rursus Platonis, atq; post eum Ciceronis utar autoritate, ortus nostri partem patria sibi vendicat, sicut certè vendicat: facilè intelligo omnia mea qualiacunq; ea sint studia, patriæ inprimis consecrata esse oportere: cui meo loco nō tantùm, ut decet bonū civem, precor optimè, sed etiam ut quantū velim & debeam, tantum ad eam afferre possim adjuvandum operæ, obnixè cupio. Quod verò ad laborem in hoc disputationum volumine præstitum attinet, hoc tantùm dico: voluisse me adnitentibus unà mecum literatis illis juvenibus, in quorum gratiam susceptus ille fuit, juris nostri Romano-Germanici immensam copiam ita ob oculos spectandam juxta præcipuarum materiarum in Pandectis ordinem proponere, ut quid olim constitutum, quid mutatum hodie sit in singulis penè capitibus, apparere queat: & cùm nullibi controvertendi facilior sit ratio, eos qui à sententiis à nobis θετικῶς (ut in disputationibus fieri solet) positis dissentirent, diligenter simul annotavi, ut mihi meisq; locos communes, quos vocant, aut verius, indices cōtroversiarum uno eodemq; labore conficerem. Quod studium si viris eruditis & de Jurisprudentia rectè judicantibus (in quibus cumprimis nomino viros consultissimos atq; clarissimos Reip. vestræ Syndicos) probabitur, & studiosæ juventuti non inutile fuerit: erit ut tantò minus operosi me laboris pœniteat. Illud sanè quale-quale est, vobis, Patres Conscripti, nuncupo totum & addico lubens meritò, ut est in antiqua formulâ: voloq; hanc προσφώνησιν testem esse meæ erga vos observantiæ perpetuum. Quod superest,* DEUM *Opt. Max. largitorem omnis boni per Filium suum Dominū nostrum*

Jesum

Jesum Christum ardentibus votis oro, ut florentissimæ vestræ Reip. & patriæ communi porrò quoq; affatim benedicat: sinat in ea propagari ad posteros incontaminatam sui agnitionem, regat actiones & consilia vestra omniumq; piorum magistratuum, ut populi gentis illius verè sint Elysii, sicut eos vetustas transpositis leviusculè literis appellavit, ut floreat pia tranquillitas: honesta disciplina in omnibus ordinibus conservetur: absit barbaries & furores Cyclopici, atq; ut concludam cum Apostolo, in timore DEI *operemur singuli salutem nostram. Quo in voto Epistolam hanc finio, atq; diu florentes vos & incolumes omnes & singulos gloriæ divinæ & usibus generis humani vivere & superesse opto. Scripsi* MARPURGI *Cattorum, 1592. ipsis Nonis Mart. qui dies cùm ante annos 697. incidisset in quartam Quadragesimæ Dominicam, nobilitata est ejus memoria verè regio* MIESLAI *primi Poloniæ ducis Christiani edicto, quo sublatis & in cœnum deturbatis idolorum Ethnicorum statuis, prima fidei Christianæ lux genti nostræ divinitus oborta, & paulò post in tenui pago Smogrensi Ecclesiæ primus Episcopus præfectus est vir pius & eruditus: cui cùm nomen Godfrido fuerit, orandus* DEUS *est, ut ad finem usq; mundi hujus senescentis largiatur nobis doctores veræ pacis studiosos, in quos illud Prophetæ congruat:* Quàm jucundi sunt in montibus pedes annunciantium pacem, &c.

Iterum valete.

HIERON. TREUTLERI JC.
SELECTARUM DISPUTATIONUM ad Pandectas Juris civilis Justinianei Volumen I.

DISPUTATIO I.
De Justitia & jure.

Respondente Joanne Rhem Francofurtano ad Mœnum.

THESIS I.

JUSTITIA *a* est constans & perpetua voluntas *b* jus suum cuiq; tribuendi *c*: à qua jus appellatur *d*.

a) quæ ordine vocum Grammatico a justo dicitur: quamvis ordine rerum ipsarum potiùs à justitia dicatur justus, ut mox dicam. Jus autem illud primum, quod semper æquum ac bonum est, à jubendo dicitur, *Jac. Curt. 1. conject. 1. confer inf. quæ dicuntur in fine hujus thesis, & th. 3. lit. c. Dissent. Alc. 1. paradox.* 29. putans justitiam dici quasi quæ vim sistat per metathesin literarum. *Hot. ad pr. t. Inst. hic*, ex Isidoro justitiam dictam vult, quasi in qua jus sistatur vel consistat: quos reprehendit post alios Don. 1. *comm. jur. civil.* 4. b) per metonymiam subjecti pro adjuncto, hoc est, voluntas pro habitu voluntatis, per ea quæ notat Arist. 5. *Ethic. Cic. 2. de LL.* Non enim simpliciter qui facit justè, justus est: sed qui facit ex habitu, sive destinato animi proposito: ad quod exprimendum valdè evidens fuit hic tropus. Eleganter Cu... *in not. poster.* imitatus liberalitatis definitionem Agellianam, interpretatur constantiam perpetuæ voluntatis. Ex quibus apparet, nec inter concretum & abstractum, nec inter habitum & actum distingui hoc in loco debere, quod Dd. pleriq; faciunt. Ex hoc autem, quòd justitia definitur constans & perpetua voluntas, ad usum fori infertur; judicis arbitrio relinquendum non esse, quod in jure decisum, vel in terminis, vel per argumenta æquali pondere non contrariantia reperitur, ne judicibus sæpè ignorantibus fenestra aperiatur grassandi in vitas & facultates hominum impunè ignorando jus vel factum, ac proinde nulli in jure casus dari possunt, quales PRO AMICO Dd. appellant, in

quibus

quibus scilicet gratificari possit judex, cui parti velit: sed sicut verum est non nisi unum, ita & justum, respectu ejusdem objecti. Vide graviter hac de re differentem, & Triboniano hujus generis culpam aspergentem Ant. Tessaur. *dec.* 206. *& decis.* 89. ubi distinctè docet, quando & quomodo in ambiguis, cùm per nostram inscientiam, opinionum contrariarum æqualitatem, vel aliter respectu nostri, atq; ita per accidens jus incertum est, media via eligenda sit, vel dividendo rem petitam æqualiter inter partes, vel compellendo eas ad amicabilem compositionem, *vide c. afferte, de præsumpt. l. 29. de hæred. instit. l. 26. de test. tut. Dec. cons.* 176. *Zas. in l. 2. §. exitus, nu. 12. de V. O. Cuj.* 10. *obs.* 4. *Menoch. 3. remed. retin. possess. à n. 339. usq; ad nu.* 380. *Diss. variè Dd quos allegat Tessaur. d. decis.* 206. *Menoch. d. loc. adde quæ per discursum in simili tradit Dauth. tract. de substit. tit. effectus substitutionis vulgaris primus, num.* 138. *Bodin. 6. de Republ. 5. Zwinger. in theatr. vit. hum. vol. 7. lib. 4. tit. judicii suspensio.* c) *pr. Inst. hic, l. 10. eod. Plato 2. de Rep.* qui Simonidem laudat primum hujus definitionis autorem: eaq; rectè intelligitur de justitia humana legali, *Bart. ad d. l. 10. hic. VVes. ad d. pr. Instit. hic. (Diss. Accurs. Azo, Hot. ib.* qui dissimiliter de divina justitia eam accipiunt) aliâs enim malè hîc definiretur: etsi negandum non sit, & hanc justitiam origine dici posse divinam: Et quidem intelligenda est definitio de justitia particulari. *Arist. 5. Ethic. & ibid. in comm. eruditè Melanth. Camerar. & interpretes Ethicorum omnes:* nec verò ullibi apud JCtos justitiæ vocabulum pro justitia universali sumitur, ut rectè docet Ant. Cont. 2. *subsec. lect. 7. Diss. VVes. d. loc.* à qua tamen opinione videtur recedere *in parat. ibid.* Denique rectiùs voluntas tribuendi legitur quàm voluntas tribuens: ipse enim habitus non agit, sed homo ex eo sive per illum ad agendum redditur aptior: nec movent loca Cic. in contrarium adducta, in quibus Orator loquitur more vulgari pleniùs: & hanc sententiam Pand. Flor. & communiter tam JCtorum quàm Philosophorum scholæ probant. *Diss. Hott. ad pr. Instit. hic, quem sequitur Bocer. th. 2. hic.* d) *l. 1. pr. hic.* non derivatione Grammatica numerante literas. *Myns. ad pr. Inst. hic.* sed Logica, intuente res ipsas, & earum à se invicem deductionem: qua in re JCti nostri sequuntur Stoicos, de quibus idem ait Cic. 1. *de Off.* quin & ipse Cic. 3. *de Rep.* (citante D. August. 15. *de civ. Dei, c. 2.*) jus ex justitiæ fontibus manasse tradit: quod, post Dd. communiter, vide aliquantò pleniùs explicatum apud Cont. 2 *subsec. lect. 6. Gov. 1. var. 18. Ravard. 1. varior. 2. Vacun. 1. declar. 31. n. 4. Ruffard. in not. ad d. l. 1.* Rectissimè autem *d. loc. Gov. & post eum VVes. ad d. prin. & ibi in not. Crispin.* tradunt Imperatorem loqui de jure non omni, sed de eo quod pro juris arte dicitur: facit inscriptio *tit. Inst. junct. §. jurisprudentia, & §. pen. & §. fin. ibid.* item inscriptio *tit. D. junct. l. 1. ibi jus est ars, &c. eod. l. 1. de off. assess.* ubi juris studiosi pro jurisperitis, *junge l. 9. de pœn. l. 4. de var. extr. cognit. &c. Sueton. in Neron. Agell. 12. noct. Attic. 13. Brisson. de V. S. lib. 9. verb jus nonnunquam, adde Rayn. Cors. 1. indag. 11. Greg. Lopez. 1. animadv. 1. Fortun. in l. 1. hic. Alc. 1. parerg. 29. Diss. Donell. d. lib. 1. c. 4. & variè varii.* Res eò redire videtur planissimè, ut ita se hæc tria subsequantur:

semper æquum & bonum.	voluntas tribuendi.	ars æqui.
Jus.	Justitia.	Jus.

quo sensu rectè dixerimus: justitiam jure, nempe accepto æquivocè, esse & priorem

rem & posteriorem: priorem arte seu disciplina, qua ad habitum adsequendum utimur: posteriorem notitia, sine qua nullus unquam habitus extitit.

II.

Eoq; respectu jus à Celso accuratè definitur, ars *a* boni & æqui *b*. Pinguius ab Ulpiano: divinarum *c* & humanarum rerum notitia *d*, justi atq; injusti scientia *e*.

a) sæpiùs tamen prudentia à fine principaliore: & vera non simulata philosophia (hoc est, in hypothesi, quod ethica est in thesi) *d. l. 1. Vacun. 1. declar. 31. nu. 3. ex Arist. 2. Ethic.* Rectè addit Vult. 1. *jurispr. 1.* Romanis artem esse illius æqui, quod apud illos receptum est, & in artis formam beneficio Logicæ conformari posse, non dubitandum est, *arg. l. 1. pr. ibi:* jus est ars æqui, *hic. Cic. 1. de Orat. Plato 7. de Republ. Coras. 1. de jur. civil. art. 1. Diss. Bodin. in distrib. jur. univers.* qui jus Romanum ut singulare quiddam artis formam recipere posse negat: adde P. Costal. *in parerg* quæ præfixit adversariis Pandect. *num. 6.* quod ipso facto jampridem multi refutare conati sunt: Nicol. Sudorius *in præfat. lib. 1. disput. civil.* in quibus numerantur *Coras. Connan. Vigel. Lagus, VVesenb. Pac. Donell. Vult. Althus.* & alii plures, quorum eruditissimi sanè & methodici labores rectis usibus & judiciis bonorum obvii seipsos ad posteritatem commendant, quod si tandem non ex iis, quæ in singulis fortè desideres, sed quæ in omnibus sunt optima, opus exurgat plenissimum & undique absolutum, eiq; autoritas accedat supremi magistratus, tum demum vindicias Jurisprudentia nostra adversus tot mala, quibus hactenus imperitè lancinata est, experietur. quod tamen optare quàm sperare in præsenti rerum facie facilius. Sed quid de Tribonianea forma censendum, quæ in libris juris nostri extat, an artis nomen mereatur? si verum amamus, vix est ut defendi hoc possit, *VVes. par. hic, num. 3. & in §. 2. Inst. de test. ord. Duar. c. 2. in fin. hic. Gothofred. in l. 2. de stat. hom. & in rubr. de except. Donell. 1. comm. 1. Vult. in præfat. jurispr. Roman. & in Idea juris Logica. (Dissentit Cujac. qq. juris philosophic. 60. num. 5. Cujac. parat. Mercer. 1. opin. 1. Fachin. præfat. p. 2. controvers. Pac. libris duob. de methodo jur. & alii aliter.)* utcunque sit, interim grato animo & rectè utamur operis illis, quales tam barbaro seculo esse potuerunt, quibus in Pand. potissimùm ordo perpetui edicti pro norma fuit. *Constit. ad Antecess. incip. omnem, l. 2. de stat. hom. Duar. 1. disp. 55. (Paulò aliter sentit Vacon. à Vacun. declar. 51. nu. 2. 3.)* b) quæ duo, bonum & æquum, rectè conjunguntur *d. l. 1. pr. l. pen. hic, l. 32. si cert. pet.* nam multa æqua non essent, si æquum in se consideraretur, & non ei bonum accederet, ut usucapiones docent, *vide Pardul. Prat. in Lexic. verb. æquitas, Vacun. 1. declar. 28. junge l. 2. §. si quis tamen, si quis caut. in jud. l. 90. de R. I. l. 91. §. sequitur, de V. O. l. penult. de in integr. restit. Brisson. lib. 1. de V. S. verb. æquum & bonum.* Est autem æquitas duorum vel plurium inter se proportio: cui summum jus ex diametro opponitur, adeoq; summa injuria dicitur. Summum rectè, quod alibi strictum, ut vult Accursius, eumq; secuti. *Diss. Old. tract. suo de jur. & æquit.* cui summum est, quod supra se aliud jus non habet. In eo tamen malè vulgus Interpp. quòd æquitatem aliam scriptam faciunt, aliam non scriptam. Imò æquitas cùm scribitur, lex esse incipit: *ut in l. 17. pr. de usur.* quæ jubet contractus temperamento

quodàm ad æquitatem reduci, quando res tractu temporis efficitur iniqua, vel in infinitum crescit. pulchrè Tessaur. *decis. 226. per tot.* adeoq; cùm quæritur: An æquitas rigori juris præferenda sit? illud quæri intelligitur: an potiùs secundùm id quod juris scripti prædura ad casum præsentem interpretatio dictat: an verò juxta id quod ad facti speciem præsentem ex attenta legislatoris mente æquum videtur, judicandum sit? Posterius affirmatur *in l. placuit, C. de judic. ubi Cyn. Bar. & omnes Dd. Abb. in c. ex parte, de transact. Ias.* Dec. *& alii ad l. in omnibus, de R. I.* Nec obstat *l. 12. §. 1. qui & à quib. ma n.* ubi lex ita evidenter ad casum præsentem convenit, ut licet dura videatur, tamen alia mens legislatoris elici per æquitatis artem nequeat. *Diss. variè Dd. sup. relati, & post illos Mynsf 6. obs. 63. Robert. 3. sent. 12.* distinguentes, suo more, inter æquitatem scriptam & non scriptam, *adde Goth. ad d. l. 12. §. 1.* & vide *ad d. l. 8.* eruditam G. Obrechti disputationem: & confer pro pleno intellectu *l. 4. § fin. quod cert. loc. l. 31. depos. l. 4. fam. ercisc. l. 20. §. 4. mand. l. 13. §. 7. de accus. tut. l. 14. §. 6. & 13. de religios. l. 13. de test. Gothof. ad d. l. 8.* in qua nota conjunctim dici, justitiæ æquitatis, q. d. illius justitiæ, quæ sit æqualitas, neque evadit in jus summum, *ut sup.* adde pro hac sententia facientes Duar. 2. *disp. anniverſ. 18. & ad tit. hic, c. 2. Ant. Aug. 4. emend. 8. Connan. 1. comm. 11. Donell. 1. comm. 13 & ad l. 4. §. fi. n. 5. de eo quod cert. loc. Coras. p. 1. de art. jur. c. 15.* Vide paulò aliter hæc explicantem Bolognet. *tr. de lege, jure, æquit. c. 34.* Aliter distinguit Fachin. 1. *controv. 3.* ut nimirum in verbis adeò claris, quæ salva recti sermonis ratione interpretationem recipere nequeunt, legem etiam duram sequamur, *d. l.* 12. ubi verò verba non adeò clara sunt, interpretationem ex æquo bono præferamus stricto juri, *d. l. placuit,* ubi verò dubium est, quid sit in præsenti casu æquum bonum, Principem consulamus. *L. 1. l. fin. C. de LL.* c) *d. l. 10. §. fin. §. 1. Inst. hic.* quæ definitio mirificè à Dd. divexatur. Sunt qui eam certo genere constare negant, vel duo habere genera dicunt: quibus respondet Wes. *ibid.* Sunt qui jurisprudentiam ibi definiri negant, sed universi juris summam quandam cognitionem proponi, *ut Hot. ibid.* Alii cùm rerum divinarum mentio fit, Philosophiam definiri putant, *ut Baro ibid.* alii doctrinam Evangelii comprehendi, quod historia ineptum esse docet, ex qua constat Ulp. Christianæ fidei inimicum fuisse, nec Justiniani scopus in Inst. admittit: *vide Mynsf. ibid. adde Vacun. 1. declar. 30. Cors. 1. indagat. 11.* Verbo dici potest: describi hic jurisprudentiam, & per opposita objecta amplitudinem ejus populariter depingi. d) promiscuè artis & scientiæ vocibus utuntur JCti, quod & Philosophi ferè faciunt: iidem tamen alibi inter hæc duo distinguunt, *Arist. 6. Eth. 3. & 4. Wesenb. ad d. §. 1.* e) vide pro horum verborum explicatione præter sup. allegatos Borch. *ad d. §. 1.* & Don. *d. lib. 1. c. 16.* ubi reprehenduntur ii, qui ea ut superflua abjiciunt.

III.

Juris illius sive artis boni & æqui præcepta tria sunt, honestè vivere: alterum non lædere: suum cuiq; tribuere *a.* Et referuntur aut ad publicam utilitatem, unde jus publicum, quod ad statum rei Romanæ spectat *b*: aut ad privatam, unde jus privatum ad singulorum utilitatem pertinens *c.*

a) *d. l.*

a) *d.l.10.§.1.§.3.Instit.eod.* neque plura vel pauciora, *Don.2.comm.jur.civ.1. Duar.ad h.t.c.2.Cont.2.lect.7.Robert.3.sent.12.Connan.1.comm.2.num.10.* Quomodo verò ab invicem distincta hæc sint, mirè rursus variant Dd. *vide gl. & Bart. ad d.l.10.§.1.Vacun.1.declar.30.n.4.& seqq.* Hot. tantùm officium JCti iis denotari putat: quod nullo modo admitti potest. Probo Accurs. sententiam rectè explicatam: Præcepta juris spectant agentem, eumq; vel ipsum (ut primum) vel cum aliis: & hoc vel in omittendo (ut secundum) vel in committendo (ut tertium) cum qua sententia in effectu coincidit explicatio Vulteji *ad d.§.3.Instit. hic.* primum pertinere ad hominem, quà homo, reliqua duo, quà civis. vide paulò aliter Myns. Borch. Wes. & alios *d.loc.* b) principaliter: nam aliâs per consequentiam utilia privatim etiam sunt utilia publicè, sed neque semper, neque eodem modo: idq; dicitur consistere in sacris & magistratibus: adeoque nec naturale, nec gentium: unde intelligitur, quo sensu Ulpian.& post eum Imperator privatum jus origine dicant esse tripartitum. optimè Baro *ad §.fin.Inst.hic. & ibid.Cuj. in not.post.adde Bocer.hic th.35.Wes par.n.7. Diss.Gr.Lopez.1.anim.7.n.2.3. Hot.in d.§.fin.* Illud obiter addo, jus publicum hic dici non ratione formæ: nam ita omne jus est publicum: sed ratione obiecti: quod Crassus apud Cic.1.*de Orat.* eleganter exprimit, cùm jus publicum ait esse in iis, quæ sunt propria civitatis & imperii: hoc est, ut JCtus ait, spectat ad statum rei (quod defendit Hoto.) vel Reip.(quod placet Ræv.5.*var.12.*) Romanæ. Non tamen nisi æquivocè verum est, quod scribit Ræv.*d.c.12.* lege regia jus publicum omninò esse sublatum: licet antiquatum tempore Justiniani maxima ex parte fateatur Wes.*par. hic.n.7.* jus publicum vetus. Est autem nobis jus publicum aliud, consistens in pietate juxta verbum Dei & quatuor symbola: *arg.t. t. C. de SS. Trinit. & seqq.* item in statu imperii Romano germanici, de quo aurea Bulla Caroli IV. & magna pars Recessuum in hodiernum usq; diem factorum in Comitiis Imperii, der Reichs abschiede/ & in primis pax religioni data Augustæ 1555. post transactionem Passaviensem 1552. repetita & confirmata 1566.§.vnd nach dem. vide prolixè rationem practicandi huius constitutionis in Camera Imperiali apud P. Frider. Mindan. *lib.1.de process.extrah.cap.28.Swaneman.lib.1.de process.Camer.c.8.adde per discursum Franc. Burcard.libru 3.de autonomia,passim.* ubi in initio lib. 1. & pluribus locis paulò odiosius originem huius sanctionis perstringit. de qua vide Sleidan. *lib.24.* suæ historiæ. c) *d.§.fin.d.l.10.§.1.* intelligo autem nihil utile esse, quod non idem honestum. *Cic.2.de Off.prin.& passim in illis libr.* Jus igitur rectè à jubendo q. jussus, quod præcipit ea quæ publicè & privatim sunt utilia, idque vel verbis, absolutè, imperando: aut relatè, ut vetando, permittendo: vel rebus & exemplis, ut puniendo, *l.7.de LL.adde Curt.1.conject.5.Hier.Mag.4.misc.1.Diss.Galeott.de promisc.doctr.c.28.* qui à juvando jus derivat.

IV.

Bonum autem illud & æquum, cujus ars est Jurisprudentia, desumitur ex naturâ, vel institutis cuiusq; civitatis *a*. Ex naturâ quidem vel inferiore *b*, unde jus naturale *c*: vel superiore *d*, unde jus gentium *e* dicitur. Gajus id totum una voce appellavit commune *f*.

a) non omni vel omnibus, sed ex iis duntaxat, quæ approbata & conformata sibi civitas quævis accommodavit. ut de Romana ait *l. 6. hic. vide Vult. 1. Iurispr. 1. num. 16.* idq; jus ita ex utroque isto conflatum non amplius commune, sed proprium dicitur, *§. sed jus quidem, Inst. de jure N. G. & C.* b) quæ homini competit, quatenus est animal: estq; jus inde ductum semper immutabile: quia jubet propter honestatem, cujus semina naturæ divinitus insita ad tuendam disciplinam externam etiam in non renatis, *Melanth. in 1. Eth. §. pen. Instit. d. tit. Diss. varie Dd. ibid. vide Gr. Lopez 1. anim. 2. & 3.* c) quasi commune homini cum brutis, *per d. t. Inst.* quod per metonymiam effecti pro causa dixit Ulp. idque cum non assequerentur plerique, ad varia dilapsi sunt. Hinc defensio à natura monstrata, ab omnibus penè gentibus jure quodam informata rectè juris naturæ dicitur: quatenus defensio: rectè etiam juris gentium, quatenus injuriæ in bruta non cadentis propulsatio justa. *l. 3. junct. l. 1. in fi. hic.* vide id variè explicantes Hot. *ad §. 2. Inst. d. t. Don. 1. com. 7. Govean. 1. var. lect. 20. Rayn. Cors. 3. indag. 2. Ant. Vacc. ad d. l. 3. & ibi vulgò Dd. Conan. 1. com. 4. in fin. P. Fab. 2. semestr. 2. Forcat. in d. l. 3. num. 2.* Defensionem intelligo etiam pudicitiæ, *d. l. 3. ibi: corporis sui. & arg. l. 8. quod met. caus. Vasq. 1. contr. ill. 11. n. 10. Borch. tr. feu. c. 7. num. 43. Geil. 2. obs. 110 nu. 5. & seq.* & ita commissum in terminis inculpatæ tutelæ homicidium etiã in foro poli puto excusabile, quod & Castrensi placuisse refert Covar. *ad Clem. unic. de homicid. relection. p. 3. §. 1. n. 6. Zoannet. de homicid. p. 1. n. 40. & seqq. Placa lib. 1. c. 28. nu. 32. Clar. in §. homicidium num. 25. Dissentit gl. Bart. Ias. &c. in d. l. 3.* Quod ad defensionem rerum malè trahitur, *arg. d. l. 3. ibi corporis sui. vide c. 6. de sent. excommun. l. 1. C. unde vi. (Diss. gloss. Ias. Covar. d. loc.)* quas tamen opiniones conciliare conatur Fachin. *1. controv. 31. vide etiam infra p. 2. disp. 32. th. 6. lit. H.* at benè ad defensionem personarum necessariarum, utpote quibus à natura hoc debetur *(Dissentit Vaud. 2. quæst. 29.)* vide Jas. *in d. l. 3. nu. 27. & seq. Geil. d. obs. 110. nu. 19.* ubi vide plenè materiam defensionis tractatam, *adde Wes. cons. 19. & vide infr. disp. 18. th. 7.* & quomodo probanda sit defensio, vide Fachin. *1. controv. 30.* & qua pœna sit afficiendus, qui moderamen inculpatæ tutelæ excedit, *vide eund. 1. controv. 32.* Hinc sobolis procreatio & educatio. *Cic. 1. de Off. ibi: principio, &c. vide Govean. 1. var. 19.* unde solvitur objectio *Hot. ad d. pr. t. Instit.* idque jure informatum conjugium appellamus: cujus contrahendi modus nuptiæ, *vide p. 2. disp. 6.* d) quæ homini competit, quatenus homo, hoc est, ratione præditus: qua intelligit vel per se, unde jus gentium primævum: vel per discursum, unde secundarium. *(Pinel. ad rub. p. 1. n. 13. C. de resc. vend. Mynf. & vulgò Dd. ad §. 2.* Diss. multi, partim omninò distinctionem hanc tollentes, *Fr. Aret. in l. 10. de acq poss. num 16. Bronchorst. 1. enant. 1.* partim cum superiore confundentes) confer exempla *l. 2. 4. 5. hic.* & illud immutabile: hoc quia utilitati civitatis servit, cum discursu suo mutabile, *adde l. 1. de contr. empt.* Cur autem *d. l. 5.* dicit: Omnes PENE contractus? ut excipiatur contractus emphyteuticus, *de quo infr. disp. 29. th. 9. lit. B.* & stipulatio, de qua *p. 2. disp. 27. th. 1.* Ex hoc jure & actiones ortas rectè docet Zas. *in l. 2. §. ex his, de orig. jur. Mynsing. ad pr. Instit. de act. Vacun. declar. 21. n. 21. & declar. 25. n. 4. Forcat. dial. 83. n. 1. 2. Connan. 1. comm. 5. nu. 6. & c. 6. in fin. Diss. vulgò Dd. in d. l. 5.* quorum tamen sententiam eatenus probat, & cum Zasii assertione conciliat Gr. Lopez 1. *anim. 10.* actiones esse juris gentium,

qua-

quatenus considerantur in abstracto, sive quatenus sunt correlativæ obligationum: ratione verò formæ sive in concreto esse juris civilis, *arg.l.2.§.deinde,de orig. jur.* c) *d.l.1.§.fin.& d.l.9.hic,*§.1.*Instit.eod.* Ex quibus omnibus deducitur, rectè jus naturale à jure gentium per duplicem naturæ hominis respectum, quà animal, & quà homo, distingui, nec utrumque idem esse, *vide Rev.1.var.1.Dissent, Donell.d.loc.* qui Ulp. commendationis tantùm gratia naturale addidisse putat, *adde Hot.ad pr.d t.Inst.* f) *l.9.hic*, quam ita cum Ulp. *in l.1.* concilio facillimè: quòd illa à posteriore, hoc est, à jure jam constituto progreditur ad causas, quod & Ulp. ipse facit *in l.6.eod.* ubi primò jus naturale vel gentium nominat divisim, quod post pauca verba commune vocat conjunctim: contra Ulp. *in d.l.1.* à causis constituentibus ad jus inde effectum progreditur.

V.

Ex tali compositione præceptorum naturalium & institutorum Reip. Romanæ factum est jus civile Romanum *a*, idq; lege *b*, vel moribus *c*. Lege sancita ab eo qui id potest *d*: ut initio populus: vel totus, unde in specie Lex *e*: vel per partes, unde plebiscitum *f*, & Senatusconsultum *g*: vel postea Princeps, in quem populus omne suum imperium transtulit *h*.

a) *d.l.6.hic, Gr.Lopez 1.anim.4.* quod cùm ad harmoniam ejus quod semper æquum ac bonum est, præ reliquis esset accommodatius, & à discrimine honestorum & turpium omnium abiret minimè: neque deesset ei severa executio, *Nicol.Sudorius 1.disput.civil.1.* mirum non est, ejus beneficio amplissimam illam in orbe terrarum Remp. Romanam fuisse constitutam: quæ tandem in quartam & ultimam monarchiam desiit, ut omnes ferè fatentur (*Diss.Bodin.meth.hist c.6.& 2.de repub.6.*) eaq; & hodie durat, quod juris Justinianei per orbem Christianum penè totum observatio satis docet, imò & Turcas sua lingua codicem Justiniani habere, eoq; in judiciis uti, contra N. Vigelii opinionem oculatus testis Joan. Leunclajus *in præfat.antiq.* paratitlorum, quæ de Græcis Latinè nuper edidit, testatur, & à Carolo Magno ad hæc tempora continuata Impp. successio probat: licet fines Imperii coangustati sint, regnis pluribus constitutis, quorum Reges de facto quidem Imperatorem non recognoscunt, at rectè particulas amplissimæ illius Monarchiæ ejusdem jure regunt. vide hac de re eleganter Jo. Sleid. *lib.3.de summis Imper.in fi.adde ex nostris Bart. in l.fi.de contr.empt. Alberic.in l.quoties. C.de prec.Imp. off. Dd. in l.omnes. C.de sum.Trin.& in l.9 ad l.Rhod per illum text.* adde quædam ex Hot *ill.quæst.1.vide Mart. de Cazariis. tr. de Principe. Bart.de las Casas, in quæst.de Imp.vel Reg.potest.& Marant.p.3.q.un.nu.94.* ubi de jure Longobard. disserit, an præferendum sit juri communi. Generatim verò quia jus civile utilitatis causa constituitur, per mentis discursum, sequitur mutabile illud esse: *vide Aristot.5.Ethic.cap.7.* qui id mensuræ comparat. Sed hæc mutabilitas non in leguleiorum arbitrio, nec in potentiorum perruptionibus, sed in potestate summi Principis certa ratione temporibus, quæ maximè utilia videntur, Reip. accommodantis consistere debet. Sin secus fit, certa imminet & quidē intrinseca Reip. corru-

corruptio. pulchrè Cicero contra Rullum. *Minimè illa popularia existimanda sunt, judiciorum perturbationes, rerum judicatarum infirmationes, qui civitatum afflictarum perditu jam rebus solent esse extremi exitus.* vide passim Nic. Vigel. in præfationibus, ubi tamen cave, ne in abusum eloquentiæ dicta rei per se utilissimæ detrahere quidquam credas. b) *l. pen. de LL. §. constat. d. t.* quod jus à consuetudine distinguitur ex modo conveniendi vel jubendi, *l. 32. 35. de LL.* adeoque scriptum dicitur non tam respiciendo ad scripturam sive picturam literarum, quàm ad sanctionem: omnesq; indistinctè obligat, *l. 3. C. de LL.* nec de præteritis aut præsentibus, sed futuris intelligitur, *Cuj. ad Nov. 22. in pr.* publicatio autem legis necessaria est, & quidem omninò, ut hoc ad specificam differentiam legis a consuetudine pertineat. vide allegatos à Menoch. *cons. 459. nu. 29. & 670. n. 33. & seqq.* & regulariter post menses duos à promulgatione numerandos obligat *Nov. 66. Duar. hic. c. 4. Conan. 1. com. 9. n. 8.* ut autem deinceps contra inobedientes allegari possit cum effectu, hoc est, ut subditos liget, debet etiam usu recepta esse: adeò ut id asserenti probatio incumbat, *Men. d. cons. 459. n. 32. 33. & d. cons. 670. n. 39. 40. & seq. & lib. 2. præsumpt.* 11. (*Dissentit Roderic. Suarez in proœm. fori. nu. 3. 4. ubi tamen vide*) quod maximè dicendum, cùm apparet in simili casu contrarium observatum: ut in facti specie apud *Menoch. d. cons. 671.* observantia autem inducitur uno actu & sententia. *Zabarel. cons. 61. Decian. lib. 3. cons. 69. n. 8. Menoch. cons. 670. n. 31.* & quod observantia præscriptione perfecta non indigeat, notabiliter post alios tradit Menoch. *cons. 49. num. 21.* quo ipso à consuetudine distinguitur: & in dubio pro cautela notandum, ut potius de observantia quàm consuetudine peritus advocatus libellum formet. Porrò lex ferri solet de iis, quæ frequenter & facilè eveniunt, *l. 4. & seq. de LL.* Et quamvis ad essentiam ejus scriptura non requiratur, adjunctum tamen plerumque est necessarium, ut scilicet eò melius in notitiam populi perveniat, *arg. l. 32. l. 33. l. 35. de LL. l. humanum. C. eod fac. l. 2. § postea 4. ibi:* ut possint leges apertius percipi. (pro quibus tamen verbis Cuj. *in prælect. ad l. 7. de jurisd.* ita legit: unde de plano rectè legi possint) atque ita conciliari puto contrarias opiniones Dd. quorum plerique scripturam ad essentiam legis requiri volunt, *Ias. & alii in d. l. 32. Sonsb. p. 1. comm. feud. in pr. n. 3. Guid. Pap. decis. 91. n. 2. Wes. parat. de LL. n. 5.* alii negant, *ut Iac. de Raven. ad l. 1. C. quæ sit lon. consu. Conn. 1. comm. 7. n. 5. Don. 1. com. 13. latè Seb. Medices t. de LL. p. 3. q. 11. n. 6. 7. 8.* Valde placet explicatio hujus controversiæ, quam inter adornandam tertiam hanc editionem consentaneā meæ sententię legi apud Schrad. *tr. feud. p. 9. pr. p. 2. sect. 3. n. 116. & seq.* ubi scribit juxta receptam & comm. Dd. sententiam non essentiale, sed tantùm accidentale discrimen esse inter jus scriptum & non scriptum, quod ex scriptura sive pictura literarum desumitur. Id certum est, quòd leges non ad præterita trahantur, sed futuris negociis formam sive normam præscribant, *l. 3. verb. in posterum. C. de LL. l. 29. verb. quæ in posterum. C. de testam. l. 18. in fin. C. de SS. Eccles. l. pen. in fin. C. de decur. l. un. § fin. C. de cad. toll. c. fin. de constitut. Coler. p. 1. de process. c. 10. n. 86. Gœdd. ad l. 8. n. 6. 7. de V. S.* Unde consequens est, ut quidem pœnam legis novæ graviorem ad delicta prius patrata extendi debere, *arg. l. 1. 11. 13. 42. de pœn. l. pen si ex noxal. caus. l. 155. § fin l. 90. de R. I.* (*Diss. Connan. 1. comm. 9. n. 10.*) Hinc instrumenta de usuris majoribus ante legem usurariam latam confecta, etiam nunc paratam executionem

nem

nem in toto habent: ut passim legibus provincialibus cautum reperitur. c) *d.l.penult.de LL.Halicarnass.2.antiq.Rom. vide inf.th.9.* d) *l.fi. de jurisd.* quæ primùm à Deo, *c.firmiter.& ibi Canonist.de summ.Trin.* à qua communicata Magistratus Dii appellantur, *Psal.82.vide exactè Marant. d.p.3.q.un.& Bodin.1. de Repub.* 10.*& passim in illis libris.* e) ita in specie dicta (cùm aliâs omne jus scriptum: aliâs generalissimè etiam consuetudo legis appellatione contineatur) *§.lex. Inst. d.tit.vide plenè N. Grucch. in li.de comitiis: Hott.de LL. Pop. Rom. Briss.lib 2.form.pop. Rom.* Et species hæc juris scripti Jul. Cæsare monarchiam constituente paulatim evanuit. De morte legis condendæ tempore Justiniani vide *Novel.8. Duar.hic.c.2.* Hodie in imperio quidem universo legem universalem condit Imperator cum assensu & consilio Electorum, Principum, & civitatum Imperii: unde iisdem legibus postea & Imperator, tanquam ex contractu, & status Imperii tantò fortiùs obligantur, vide die Reichsabschiede/*circa fin.* ubi ferè invenies hæc verba Imperatorum ita loquentium: So haben wir vns demnach mit den Ständen deß Reichs/vnd sie hinwider vmb mit vns verglichen/rc. Inde tamen non efficitur, statum Imperii nostri Aristocraticum esse, non monarchicum: quod post Bodin.*in libris de Repub.* quidam etiam ex nostris opinantur, *vide lib.1.exercitationum nostrarum,c.5.* Cæterùm leges ita in comitiis Imperii conditæ in scripturam rediguntur, & hi sunt qui Recessus Imperii sive Comitiorum appellantur, deß Reichs abschied: quorum cognitio cùm sit necessaria ei, qui in Rep. cum fructu vivere velit, ideò ex iis etiam quæ visa sunt necessaria cognitu, suis locis breviter & tanquam per indicem inseruimus. f) cuius exemplum vide *inf. disp.18.th.4.* g) exemplum & explicationem vide *inf.disp.25.thes.1.* Jus autem facit Senatus, *l.9.de LL.* interveniente Principe, *l.1.de reb.eor.qui sub tut.Duar.hic.c.3.Wes.par.de LL. Cujac.ibid.* hodie talis Senatus non est propriè: æquipollet tamen ei Senatus Imperii, die Reichsstände/ ex Electoribus, Principibus, & civitatibus Imperii collectus. h) rei Romanæ dominus, *Brech.ad l.21.de V.S.vide Iust.Lips.in pr. comm.ad Corn.Tac.Wes par.de constit.Princip. ex lib.1.comm.Tac.& Dion.lib.53.confer l.9.ad l. Rhod.de jact.l.bene.C.de quadr.præscr. Vasq.1.ill.contr.20. Geil.1.de pac.publ.11.num.4.Borch.tr feud.c.4.nu.10.A.Gabr.lib.5. concl.tit.de acquir.rer.dom.concl.5. & li.3.tit.de jur.quæsit.concl.1.* ubi latè tractat: an Princeps alicui jus suum ex plenitudine potestatis sine causa auferre possit? & rectè negantium sententiam magis dicit esse communem & rationabilem, *per not.ibid.Sarmient.1.select.interpr.8.num.13.& seqq.Pinel.in rubr.C de rescind.vend.t.2. n.1.Mynf.5.obs.97.Hot.ill.q.1.H.Pist.1.q.40.num.12.Bodin.1.de Rep.8.Vasq.ill. controv. c.5.nu 1.3.15.& c.6.nu.5.adde Geil.2.obs.56. Covar.3. var.res.6.nu.6.Frid. Pruckm.tr.de regalib.§.soluta potestas,c.4.effect.5.num.4.* ubi tamen præter suprà allegatos etiam in casu necessitatis hoc non admittit: quod est contra *l. 9. l.si ædificia. C.de oper. publ.* Quatenus contractus Principis sit lex, *v.Gr.Lopez.1.anim.55.Pruckm.d.§.c.4. membr.3.effect.2.n.20.Soarez in addit.ad Gomez.2.resol.1.n.1.2. Vasq.ill.controv.3.n.5.6. contra Dd.vulgò*, qui id indefinitè affirmant.

VI.

Princeps igitur sive Imperator legibus solutus quidem est *a*, & tamen legibus eum vivere oportet *b*; jus ab eo constitutum est constitutio *c*, eaq; vel generalis *d*, vel specialis, quæ privilegium appellatur *e*: estq; personæ *f* vel rei *g*.

a) *l.11.de LL.* est enim ipse imago divinæ majestatis, *Alber. in pr. ad l. decernimus, C. de SS. Eccles.* neq; legi ei subest, quam ipse fert, si merè sit positiva, sive civilis: vel ut Olden. *d.l.31.* intelligit, legibus solutus est respectu cæterorum hominum. b) iis, quarum ipse abrogandi aut ferendi potestatem non habet, ut juris naturæ & gentium, atq; inde ortis: vel, ut Old. relatione facta ad ipsam legum dignitatem & executionem. Diss. in huius rei explicatione variè Dd. Græci Interpp. pœnariis legibus Imp. liberant: quod historia refellit, cùm & olim à Senatu sæpè Imperatores sint hostes judicati, ut Suet. in Neron. & alibi refert, & Venceslaum ab Imperio removerint Electores: *Raph. Volaterr. lib. 23. Bapt. Egnat. Io. Cuspinian. in vitis Imp.* Aliter Cujac. 15. *obs.* 30. qui ad leges caducarias hodie abrogatas *l.31.* refert, quo facit *l.56. de legat. 2.* Aliter Coras. 2. *misc. 25. Vasq. 1. controv. 26. num. 15. Bronchorst. 1. enant. 6. & Donel. 1. comm. 17.* de solennibus juris accipiunt per *l.14. §.1. de manum. l. ex imperfecto. C. de testam. ubi & gloss. notat.* Aliter Budæus *in annot. ad Pand. ex 3. politic. Arist.* quem sequitur Zas. *ad d.l.31. num.3.* Aliter Goth. *ad Novel.* 105. solutum legibus Principem videri, non esse. Aliter post alios Fachin. *1. controv. 2.* qui cum scholasticis distinguit inter vim coërcitivam & directivam, & quoad illam Principem solvunt, quia videtur nemo eum cogere posse: sed non quoad hanc, quia tenetur eas servare, *vide Thom. Aquin. par. 1. art. 5. quæst. 96. Dom. Soto lib. 1. de just. & jur. quæst. 6. art. 7. Covar. ad c. alma, p. 1. §. 1. num. 4. Greg. de Valent. tom. 2. comment. theol. disp. 7. quæst. 5. punct. 4.* Cum hac ratione si jungas aliam, quam tradunt Basil. Monner. *tract. de matrim. fol. (mihi)* 11. *& Pruck. d. §. soluta potestas, c. 3. num.* 80. post Erasm. Roterod. *in colloq. tit. de convivio fabuloso*, res expedita videtur: quòd nimirum quæ alii coactè legumque præceptis compulsi servant, ea Princeps suapte sponte, sicut ingenuum ac heroicum animum decet, præstare debeat. Potest etiam hoc non improbabiliter defendi: Principem legibus merè positivis solutum esse, respectu temporis præteriti, sive legis regiæ, quæ ipsi summam potestatem concessit, ut quidquid ei placuisset, id pro lege esset: sed quia multis rescriptis ostenderunt boni Principes sibi placere vitam legibus consentaneam, *l. digna vox, C. de LL.* ideò & hoc ipsorum placitum pro lege haberi, *arg. l. 1. de constit. Princip.* & ita Arist. in politicis bene constitutæ monarchiæ indicium esse dicit, si Principis potestas legibus restringatur. Paulò aliter hanc disputationem decidit Bodin. *1. de Repub. 9.* nimirum Principi leges à se latas sua voluntate, ac sine subditorum consensu, abrogare, vel quadam ex parte legibus derogare, vel subrogare, vel obrogare licere, ac semper licuisse, si æquitas ipsa id postulare videatur: illud verò non obscurè aut ambiguè, sed conceptis verbis fieri debere, quod si nulla legis abrogandæ causa probabilis sit, contra officium boni Principis facturum, si legem abrogare velit: nec tamen obligatione majorum teneri, nisi quatenus utilitatem ab iis percepit. quod eodem penè sensu voluit Connan. 1. *comm. c. fin. num.* 8. 10. Enatæ quoq; sunt ex his fontibus disputationes de plenitudine potestatis Principis: de quibus vide Dd. *in alleg. ll. quibus adde l. 8. §. 2. de inoff. test. l. 4. C. ad leg. Falcid. l. penult. C. de don. int. vir. & uxor.* & elegantem tractatum Fr. Pruckman. *de regal. §. soluta potestas.* c) *§. sed & quod, Instit. d. tit. l. 2. §. novissimè, de orig. jur.* estque vel edictum Theoph. *in d. §.* quod proprio motu Princeps statuit, quale fuit de censu orbis Romani nati Christi tempore, Luc. 2. exempla in jure nostro sunt *in l. 8 de qu. l. 13. de jur. fisc. l. 15. ad l. Corn. de fals. vide Vult. 1. Jurisp. 2. nu. 7.* vel decretum, sub quo & rescripta com-

prehendo.

prehendo, quales sunt *ll.Cod.pleraque.Cujac.par.C.de LL.& par.C.de mand.Princip. Vult.d.loc.n. 8.& seqq.* An rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent, *vide Fachin.8. controvers.65.* & an rescriptum ab uno impetratum aliis prosit rem communem habentibus, *vide eund. 8.controv.66.* Decretum Principis & magistratus cujusvis dicitur vulgò mandatum & monitorium; de quo latè P. Frider. Mindan. *lib.2. de process.extrah.cap.1.& seq.* estq; vel cum clausula, vel sine clausula justificatoria; de utroque vide Ord.Cameræ *par.2.tit.23. Mindan.d.lib.2. cap.15.& seqq. Swanemann.lib.1.de process.Cam.per tot.* quæ omnia super possessoriis, ut plerunque fit, interponuntur, & rectè ad interdicta referuntur: *de quibus infra par.2. disput.25.por totum.* d) quæ omnes obligat, ut th.proxima de lege generatim diximus, *vide l.2.3.C.de LL.l.3.& seq.eod.* An & quatenus lex politica obliget in conscientia, vide eleganter Vasq.1. *ill.controvers.28.num.11.14.15.& seqq.& cap.29. num.1.Felyn.in cap.2.num.3.ut lit.contest.Speckh.* 1. *quæst.3.num.1.* e) quasi lex priva sive singularis, *l.16.de LL.* ita ferente utilitate publica, vel rei aut personæ circumstantiis: unde non tam privat legem privilegium (ut Accurs. eumque secuti putant) quàm explicat & supplet in ea parte ad quam communis regula salva æquitate porrigi nequit, *vide Old. lib. de jur.sing.c.1.* f) ut personarum egregiarum, *Old.d.lib.c.9.* studiosorum, *authen.habita.C.ne fil.pro patr.Old.d.lib.cap.* 20. civitatis alicujus, de quo latè Mart.Cazar. *tract.de privil.* & de Venetis refert Alberic. *in d.l.cunctos, C.de summ.Trin.* quod privilegium habeant exemtionis ab Imperio, quod ipse viderit. g) ut piarum causarum, *Old.d.lib.c.14.* Nobilitatis, quæ 35. recenset *Luc.de Pen.alii plura.* Dotis, *Old.c.13.&c.*

VII.

A Principe potestas respondendi de jure concessa fuit olim Jureconsultis *a*, quorum sententiæ *b* vel opiniones *c* dicebantur responsa prudentum *d*: hodie autem eorum quæ JCti respondent autoritas probabilis est, non necessaria *e*.

a) quod ante cuique fiduciam studiorum suorum habenti erat liberum, *l. 2. §. post hunc, vers. & ut obiter, de orig.jur.l.14.§.fin. C. de assessor.* sed D. Augustus Imper. majoris autoritatis causa instituit, ut hoc ab Imperatore impetraretur: idq; examine aliquo vel experimento prævio factum esse apparet *ex d.§.ibi:* non peti sed præstari oportere. Hodie Imp. nomine Jurisconsulti renunciantur ab Academiis, quibus hoc specialiter indultum est, & quia Doctorum in quavis arte creatio est de reservatis Principis, ideò in singulis ejusmodi actibus publicis auctoritas Imperatoria interponitur: aliâs enim essent ipso jure nulli: quod secus est in baccalaureis, quorum creatio nihil habet Regalium. vide de honoribus scholasticis Jac. Middendorp. *tract.de Academiis, & Reiner.Reineccium in meth. histor. tit. de histor.scholast. in fin. pagin. 28.* nec tantùm ab Academiis, sed etiam à Comitibus Palatinis, hanc potestatem in specie ab Imperatore concessam habentibus, Doctores creantur, quos bullatos vulgò appellant: de quibus quæsitum est: an iisdem privilegiis gaudere debeant, quibus gaudent illi, qui in Academiarum brabeuteriis publicis designantur? *Negant communiter Dd. Alex. in l.centurio, de vulg.& pupill.substit.num.10.20.21.Guid.Pap.decis.68.nu.3.Coler.tract. de process.execut.p.2.c.3.num.129.* quorum sententiam non probo, si Doctor à Co-

mite Palatino creatus sit à peritis in arte examinatus, & idoneus repertus, ejusq; rei fidem testimoniis bonorum faciat. b) cum assertivè respondebant, *Dd. ad §. responsa. Instit. d. tit.* c) cùm dubitativè respondebant, sive controvertebant. Omnia quæ ad veterem consulendi & respondendi de jure observationem pertinere possunt, ex jure nostro accuratè collegit Brisson. *lib. 3. form. pop. Roman. circ fin.* ubi vide. d) quibus hodie supremarum Curiarum placita, ut in Imperio Romanogermanico Cameræ Imperialis sententiæ, in Gallia parlamentorum (quæ vocant) arresta, æquiparari possunt. *Mynsf. in d. §. responsa.* non tamen omninò procedit hæc collatio. De autoritate Gloss. vide Bal. *in l. hæreditas. C. depos.* si tamen nihil allegat, tenenda non est, *Roland. à Vall 1. consf. 45. nu. 36.* quod idem puto, si contra mentem legis alleget, *arg. l. 17. de LL.* idque notandum contra imperitos advocatos, quorum idolum esse Glossam dicit *post Cyn. Alexand. 4. consf. 51.* nec glossa præferenda est, cùm communis opinio est in contrarium. *vide Matth. de Afflict. decis. 11. Roland. à Vall. 1. consf. 94. num. 1.* e) *arg. l. nemo. C. de sent. & interloc. gl. in l. 1. C. de profess. Bald. in auth. generaliter. C. de episc.* in tantum, ut qui pro se habet consilium duorum Doctorum approbatorum, is saltem probabilem præsumatur habuisse causam litigandi, *Bald & Salic. in l. juris. qui admitt. ad poss.* adeoque etsi causa fortè cadat, tamen in expensas litis non est condemnandus, *l. eum quem. 79. de judic.*

VIII.

Sanè communes opiniones quas hodie vocant *a*, in judicando sequi ex usu Reipub. videtur *b*, nisi de aperto errore possint convinci *c*. Sententia tamen contra communem lata non est ipso jure nulla *d*.

a) quæ olim receptæ sententiæ, quales sunt Pauli JCti, quæ extant cum notis Cuj. De iis pro hodierno Reip. usu constituendis, attendendis, observandis, pleno tractatu agit Ant. Mar. Coratius: vide & Neviz. *lib. 5. & 6. sylv. nuptial. & tr. Macaq. Azogid. Bononiens.* Earum collectores præcipui Villalob. cum addit. Jo. Fichar. Vivius. Turzanus, Soarez, Kirchovius, Mich. Grassus, Bonacossa, Gribaldus, & qui omnium maximè commendatur Ant. Gabrielius, &c. quos ideò hic annotare visum conjunctim, quia deinceps ex iis sæpe seorsim aliquorum à nobis autoritas citatur. b) maximè si casus in jure expresè decisus non est. *Ang per l. 11. de jurisd. Corn. 3. consf. 186. in princ. Bald. per l. 1. de off. quæst. Abb. in cap. fin. de sec. nupt. & vulgò Dd. Schrad. tr. feud p. 9. princ. p. 2. sect. 3. num.* 130. quia à multis veritas perfectius haberi potest, quam à paucis, *argum. l. ult. C. de fideicom.* imò & JCti veteres idem fecere, *argu. l. 4. qui not. inf. l. 12. §. 27. de instr. leg.* imò & Imp. *ut in l. 17. de jur. patron.* facit, quod Reip. expedit jus habere certum, in quo aliâs per naturam solet desiderari interpretatio & autoritas prudentum, *l. 2. §. 5. de or. jur.* qua de re vide sententiam Nic. Vigelii *in proœm. meth. juris controv.* & communibus sententiis, utpote sæpe falsis si ad juris principia excutiantur, minus faventem *Zas. in l. 2. §. post hunc. verb. innovare, de orig. jur. & 2. sing. resp. c. 1. in fin. nu. 27.* cujus objecta eleganter diluit Corat. *d. tract. tit. 8. inspect. 2. per tot.* c) *Schrad. d. p. 9. 2. p. princ. sect. 7. nu. 43. & sect. 11. nu. 8. & sect. 3. num.* 117. in quo casu intellige in terminis argumenta Zas. supradict. loc. adde Jo. Andr. *in c. 1. de constit. Abb. in cap. capellanus. de feriis. gloss. in cap. ad nostram. de consuet.* & diligenter colligentem casus similes Cora. *d. tract. tit. 9.* Huc pertinet, quòd praxis forensis maximè sit referenda

renda ad proxima tempora, *ut arg. l. 37. de LL. tradit Bald. 1. consil. 370. in fi.* & posthabitis neotericorum novis excogitatis sensibus servanda sunt illa, quæ diu similiter obtinuerunt, etsi juri scripto sint contraria, *Zobel. 3. diff.* 10. *nu.* 23. *& seqq.* quia tum talis usus pro jure est, *arg. d. l. 37. l. 14. in fin. pr. ad l. Corn. de fals. l. 1. §. 27. ibi.* sic esse sæpè judicatum, *ad Senatusc. Syllan. l. 21. ibi.* morem agentium sequi debemus, *& l. 39. §. 4. in fi. de statulib. §. penult. Inst. de satisd.* ubi Justinian. omnia apertius à quotidiano rerum usu, & ipsis rerum documentis apparere ait. Si tamen de errore crasso & aperto constet, tum potiùs veritas asserenda, & paulatim error ex animis hominum eximendus, quàm pertinaciter nimis inhærendum vetustati: atq; vel hic est studii practici cum theorico conjungendi fructus apprimè magnus, ut neque minutias omnes theoricas, sæpenumerò sub manibus præ nimia subtilitate evanescentes, nimis admiremur, inq; iis immoremur: neq; sine ductu Logicæ & liberalioris literaturæ Juridicæ cultu in practicorũ luxuriantibus campis quamvis stipulam pro vivido veritatis flore arripiamus, *vide Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4. nu.* 4. Multa usibus Reipubl. condonemus, neq; de iis in foro præfractè litigando nos & clientulos seducamus: scientiam quæ à causis veris est, suo loco applicemus modestè: & tamen sciamus, plurima in motu judicantis, adeoq; ferè semper litis eventum esse ambiguum, *vide Dan. Moll. ad Nov. El. Aug p. 2. c. 19. n. 52. in fin. & seq.* An verò Doctori attestanti de communi judex credet, atq; ita probata communis opinio intelligetur sola allegatione? Ita volunt Dd. præsumptivè, scilicet donec adversarius probet contrarium. *Corat. d. tr. t. 7. (Diss. Cagnol. in l. 1. nu. 265 si cert. pet.* vide plenissimè Camill. Borell. *controv. 32 num.* 70. *& seq Ernest. Cothm. cons.* 40 *n.* 44. *& seq. & cons.* 13. *nu.* 56 *usq; ad n.* 80. d) per ea quæ benè tradunt Castr & Bolog. *in l qui Romæ, § duo fratres, de V. O. Sebast. Vant. in tr. de nullit. tit de null. ex process. nu* 120. *& multi relati à Corat. d. tr. t. 12. nu.* 10. *&* 13. *Diss. Abb. in c. 1. de re jud & alii quos allegat Fr. Viv. lib. 1. comm. opin.* 182.

IX.

Mores sive consuetudo *a* sunt jus *b* sine sanctione *c* tacito populi *d* consensu *e* genitum: quod & vincere legem scriptam *f*, & ab eadem vinci *g* potest. Attestanti verò de consuetudine sive communi usu doctori quantumvis excellenti creditur *h*.

a) quæ hic in effectu concurrunt: quomodo aliâs differant vide Conan. 2. *comm.* 10. *num.* 2. *Zas. in l. 32. de LL. ubi & Old. adde Cujac. in parat. C. quæ sit long. consuet. Arist.* 2 *Ethic. Nicomach. c. 1. pr.* Jureconsulti autem promiscuè hisce vocibus utuntur, *l. 9. hic, juncta l. 32. de LL.* imitati Philosophos, qui ad res potiùs quàm ad verba respiciunt. Observantia autem differt à consuetudine, ut etiam suprà *th.* 5. *lit. B.* attigi, siquidem præscriptio temporis & alia in probatione observantiæ non requiruntur, quæ necessaria sunt in consuetudine probanda, *Cravett. cons.* 942. *in fin.* & hæc observantia est frequens ille usus, ex quo tandem consuetudo oritur, inter partes jus facit, inter reliquos non nisi actu primo, quia in facto consistit, donec ex pluribus ejusmodi factis jus illud exsurgat, quod consuetudinem appellamus. Differt etiam consuetudo à stylo, illa enim ad decidenda negocia pertinet, hic tantùm formam præscribit, quemadmodum acta judiciaria & sententiæ rectè præscribi debeant, *arg. l. 1. C de SS. Eccles.* & hoc sensu accipiendum est, quod vulgò dicitur: stylum curiæ pro lege haberi: etsi forma

ejus aliquo modo à jure scripto recedat, vide exemplum apud Geil. 1. *obs.* 65. *nu.* 7. 8. & *infra p.* 1. *disput.* 12. *th.* 16. *lit. B.* in tantum, ut felix praxis juridica præter juris cognitionem hoc inprimis adminiculo egeat, quò nimirum diligenter consideretur, quatenus & cur aliter aliis in locis stylus curiæ variet. b) itaq; ut jus nullum sine ratione ad id quod honestum & publicè utile est, sancitur: ita nec consuetudo: unde unum consuetudinis requisitum rationabilitas, daß es eine gute oder vernünfftige gewonheyt sey. *l.* 39 *de LL. Novell.* 134. *c.* 2. 3. & 4. *dist.* 8. *c. fin.* & *ibi gloss. in verb. rationabilis, de consuet.* (*Diss. Bald in l.* 32. *de LL.* qui etiam irrationabilem consuetudinem valere putat, *per l.* 20. *eod. tit. l.* 12. *qui* & *à quib. man.*) quo deficiente, illa nulla est: ut consuetudo Poloniæ, qua nobilibus hominem occidentibus certa pecunia cadaveri imposita, redimere pœnam licuit: adeoque eam Stephan. Rex nuper admodum rectè sustulit. Sic ratione caret consuetudo maritima, quæ ex naufragio afflictorum bona rapit, *auth. navigium, C. de furt. Geil.* 2. *obs.* 18. *nu.* 1. *arg.* §. *fin. Inst. de rer. divis. l.* 2. § *fin. ad l. Rhod.* &c. unde resolvi potest quæstio: an mala consuetudo excuset à pœna? puta, si aliquo in loco frequentes sint blasphemiæ, an deprehensus in illis & ad pœnam tractus pœnam evitet, si probet ibi alios frequenter impunè blasphemasse? vel si quis assuetus furtis, ex consuetudine illa pœnam sibi mitigari velit? Nego, & hoc posteriori casu etiam gravius puniendum censeo, *per c. flagitia.* 32. *q.* 7. *c. objiciunt,* 32 *q.* 4. *Ant. Gabr.* 6. *comm. opin. tit. de consuet. conclus.* 4. *nu.* 27. *Prosp. Farinac. p.* 1. *tit. de delict.* & *pœn. q.* 20. *nu.* 44. & 45. (*Dissentit Conan.* 1. *com.* 10. *Moller.* 3. *semestr.* 2. *per ibid. alleg.*) c) scilicet expressa: ideò in scripturam redacta consuetudo esse non desinit, *Conan* 1. *com. jur. civ.* 10. *n.* 3. *arg.* § *sine scripto. Inst. d. tit. Diss.* Wes. *par. de LL n.* 5. & 9. *Schrad. d. p.* 9. *pr. p.* 2. *nu* 116. & *seq.* d) *d.* §. *fine.* hodie tamen in consuetudine generali introducenda probabilem Principis scientiam vel patientiam requiri puto, *arg. d. l.* 32. *Geil.* 2. *obs.* 21. *nu.* 4. Wes. *d. loc.* quia non amplius versamur in Rep. populari, qualis olim fuit Romana: unde post legem regiam hoc amplius ad consuetudinis inducendæ substantiam requiri cœpit, ut id sciret, vel certè longissimo tempore tacitus pateretur is, qui imperat illo in loco, ubi consuetudo inducitur. Hinc in urbe Roma nullam hodie valere consuetudinem, nisi consensu Papæ confirmatam, notabiliter docet Jas. *in l. cunctos, C. de summ. Trin. nu.* 52. *Prosp. Farinac. p.* 1. *tit.* 5. *de indic.* & *tort. q.* 45. *nu.* 27. Illud ineptè quæritur: an unus, an mulier, pupillus, &c. consuetudinem introducere possit, cùm non origo, sed usus ejus inspiciatur, *arg. l.* 28. *de prob.* Jas. *ad l.* 32. *nu.* 48. Wes. *d. nu.* 9. (*Diss. Bart. in d. l.* 32. *num.* 15. &c.) Ita pars civitatis, quatenus pars est, sibi consuetudinem separatim introducere non potest. *Connan.* 1. *comm.* 10. *num.* 7. nisi jurisdictionem separatam habeat: & hanc ob rationem ne quidem collegia privatorum consuetudines sibi facere possunt, intellige tales, quæ jus inter alios faciant, privatis enim conventionibus honestis unusquisq; obligatur. (*Diss. Cujac.* 7. *obs.* 30.) aliud est in iis quæ collegialiter longissimo tempore præscribuntur, de quo vide pulchrè disquirentem Dauth. *tr. de testam. cap. de instit. her. n.* 300. e) qui præsumitur ex diuturno tempore, *l.* 33. 35. *de LL.* quod ad minimum est 10. annorum, *d. l.* 33. & *arg. rub. D.* & *C. eod. l. fin. C. de long. temp. præscript. l.* 1. *pr. C. de usucap. transform. l. pen. de præt. stipul. Paul.* 5. *sent.* 9. *Myns.* 6. *obs.* 41. *n.* 10. arbitrio tamen judicis relinquendum. *Duar. hic, c.* 11. *Geil.* 2. *obs.* 31. *nu.* 2. *Bronch.* 1. *enant.* 3. *Menoch.* 2. *arb. jud. cas.* 83. *nu.* 6. 7. *Connan.* 1. *comm.* 10. *n.* 6. (jure tamen Saxon. præcisè requiritur spacium annorum 31. septimana-

manarum 6.dierum 3.Landrecht *lib.1.art.19.& gl.in d.lib.1.art.38.& gl.* Weichbild *art.4. notat Sebast.Stelbag.in epit.jur.civ.class.1.tit.4.* & ita quotidie pronunciari ait Sneid. *ad tit.Inst.de jur.nat.gent.& civ.§.ex non scripto,n.5.in fin.adde Wes.par.tit.de LL.nu.8. lit.O.Fachs.in diff.jur.civil.& Saxon. diff. 12. Reinh.p. 2. diff. tit. de var.cas.diff.2.aliàs diff.*138. quod in statutis etiam illo jure secus esse notatur *thesi seq.lit. A.in fine.*) Porrò præsumitur etiam consensus ex actibus pluribus, *Menoch.arb.judic.cent.1. cas.*83. (quorum duo ad minimum probandi sunt consuetudinem ignotam allegan ti,*arg.l.2.C.quæ sit long.cons.& ibi Bart. & Salic.*) etiam extrajudicialibus, quia & inde consensus colligi potest,*arg.l.sive apud,C.de transact.Bart.* Jas.*in d.l.32. Geil. observ.31.num.8.adde Donell.1 comm.10.Dissent.variè Dd.* f) *vide Duaren. 2. disput.32.& ad d.tit.c.11 Donell.1.comm.10. Cujac.2 feud.1. Costal.ad d. l. 32. Conan.d. cap.*10.*num 9.per l.37.de LL.Gr. Lopez. 1. animad. 5.* g) *per d.l. 2. C.* si nimirum lex adhuc sit in viridi observantia, vel si lex nova certiori & æquiori ratione sit stabilita, qua vitiosa consuetudo emendari potest: nec enim illa autoritatem legislatoris debet infringere, *Oldend.in pr.class.Cont.in d.l.2.Bronch.1.enant.4.* vide tamen aliter sentientem Hier. Setzer *in parat.Inst.de jur.nat.gent.& civ.in fin.* Illud certum, non modò sæpè consuetudinem à lege vinci, sed & in eandem mutari, non quidem toties, quoties consuetudo in scripta redigitur, (quod & suprà *lit.C.* consuetudini nihil derogare, & ad essentiam legis scripturam non requiri *thes.5.lit.B.* docuimus) sed quoties ita literis commendatur auctoritate superioris condendæ legis potestatem habentis, ut eam deinceps pro jure scripto servari velit, sic multæ prisci temporis consuetudines & legum interpretationes hodie juris scripti nomen induerunt, *l.2 & passim, de orig.jur.* ut jus patriæ potestatis,*l.8.qui sunt sui vel alien.jur.* pupillaris substitutionis,*l.2.de vulg.& pup.* prohibitæ inter conjuges donationis, *l.1.de don. int. vir. & uxor.* interdictionis bonorum quæ fit prodigis,*l.1.de curat.furios.* Quod verò Carolus VII. Galliæ Rex suo tempore omnium sui regni provinciarum consuetudines conscribi, & ad Senatum referri, suaq; autoritate confirmari primus curavit, teste Balduin. *in §.fine scripto,Instit.de jur.nat.gent.& civil.* illud solum non probat consuetudines illas in legem scriptam mutatas, sed consensum tantùm Principis inducit, ut illæ consuetudines non secus ac leges scriptæ valeant, nisi, ut dixi, disertè additum sit, Principem eas, ut legem à se scriptam, promulgare. h) facit quod facti sit, & fallere possit,*l. 2.de jur.& fact.ignor.Jas.ad d.l.32 num 88.vide alleg.à Menoch. cons.407.nu.25.adde l.9.§.1.C.de test.l.20.de quæstion.Zas.ad d.l.32.nu 47.48 Roch.de Curte,tr.de consuet.sect.8.num.8.Coras.p.2.de juris art.c.fin.Dissent.Bar.in d.l.32.q.4 in princ.* cujus opinionem eatenus admittit Mascard.*vol.1.de prob.concl. 426. num. 11.* ut talis attestatio faciat probationem præsumptivam. Si tamen consuetudo sit notoria, verius est quòd ad eam probandam, imò & allegandam nemo teneatur, *arg. tit.C.ut quæ adv. part. desunt, ea jud.supp.* faciunt tradita per Chassan. ad consu.Burg *in proœm.nu.22.sequitur Mynsʃ.5.obs.96.nu.6.& seq.Diss.*Jas.*in l.32. de LL. nu.88.motus arg.gl.in Cl appellanti,verb.alias causas, de appell.Curt.jun.tr feud.p.1.q.1. nu.13.Geil.2.obs.31.n.17.18.* Quomodo verò probatur consuetudo, si non sit usque adeò notoria? Testibus ad minimum duobus,*arg.l.12.de test.* Wes.*hic,nu.8. Geil.d. c.31.n.15.& seqq.Cuj.20.obs.1.latissimè* Jos.*Mascard.vol.1.de probat.concl.*424. vel etiam publicis instrumentis,*arg.l.ult.in pr.C.de LL.Bart.in d.l.32.num.21.Mascard.d.vol.1. concl.425.*

Coro-

ejus aliquo modo à jure scripto recedat, vide exemplum apud Geil. 1. *obs. 65. nu. 7. 8. & infra p. 1. disput. 12. th. 16. lit. B.* in tantum, ut felix praxis juridica præter juris cognitionem hoc inprimis adminiculo egeat, quò nimirum diligenter consideretur, quatenus & cur aliter aliis in locis stylus curiæ variet. b) itaq; ut jus nullum sine ratione ad id quod honestum & publicè utile est, sancitur: ita nec consuetudo: unde unum consuetudinis requisitum rationabilitas, daß es eine gute oder vernünfftige gewonheyt sey/ *l. 39 de LL. Novell. 134. c. 2. 3. & 4. dist. 8. c. fin. & ibi gloss. in verb. rationabilis, de consuet.* (*Diss. Bald in l. 32. de LL.* qui etiam irrationabilem consuetudinem valere putat, *per l. 20. eod. tit. l. 12. qui & à quib. man.*) quo deficiente, illa nulla est: ut consuetudo Poloniæ, qua nobilibus hominem occidentibus certa pecunia cadaveri imposita, redimere pœnam licuit: adeoque eam Stephan. Rex nuper admodum rectè sustulit. Sic ratione caret consuetudo maritima, quæ ex naufragio afflictorum bona rapit, *auth. navigium, C. de furt. Geil. 1. obs. 18. nu. 1. arg. § fin. Inst. de rer. divis. l. 2. § fin. ad l. Rhod. &c.* unde resolvi potest quæstio: an mala consuetudo excuset à pœna? puta, si aliquo in loco frequentes sint blasphemiæ, an deprehensus in illis & ad pœnam tractus pœnam evitet, si probet ibi alios frequenter impunè blasphemasse? vel si quis assuetus furtis, ex consuetudine illa pœnam sibi mitigari velit? Nego, & hoc posteriori casu etiam gravius puniendum censeo, *per c. flagitia. 32. q. 7. c. objiciunt, 32 q. 4. Ant. Gabr. 6. comm. opin. tit. de consuet. conclus. 4. nu. 27. Prosp. Farinac. p. 1. tit. de delict. & pæn. q. 20. nu. 44. & 45.* (*Dissentit Conan. 1. com. 10. Moller. 3. semestr. 2. per ibid. alleg.*) c) scilicet expressa: ideò in scripturam redacta consuetudo esse non desinit. *Conan 1. com. jur. civ. 10. n. 3. arg § sine scripto. Inst. d. tit. Diss. Wes. par. de LL. n. 5. & 9. Schrad. d. p. 9. pr. p. 2. nu 116. & seq.* d) *d. § fine.* hodie tamen in consuetudine generali introducenda probabilem Principis scientiam vel patientiam requiri puto, *arg. d. l. 32. Geil. 2. obs. 21. nu. 4. Wes. d. loc.* quia non amplius versamur in Rep. populari, qualis olim fuit Romana: unde post legem regiam hoc amplius ad consuetudinis inducendæ substantiam requiri cœpit, ut id sciret, vel certè longissimo tempore tacitus pateretur is, qui imperat illo in loco, ubi consuetudo inducitur. Hinc in urbe Roma nullam hodie valere consuetudinem, nisi consensu Papæ confirmatam, notabiliter docet Jas. *in l. cunctos, C. de summ. Trin. nu. 52. Prosp. Farinac. p. 1. tit. 5. de indic. & tort. q. 45. nu. 27.* Illud ineptè quæritur: an unus, an mulier, pupillus, &c. consuetudinem introducere possit, cùm non origo, sed usus ejus inspiciatur, *arg. l. 28. de prob. Jas. ad l. 32. nu. 48. Wes. d. nu. 9.* (*Diss. Bart. in d. l. 32. num. 15. &c.*) Ita pars civitatis, quatenus pars est, sibi consuetudinem separatim introducere non potest. *Connan. 1. comm. 10. num. 7.* nisi jurisdictionem separatam habeat: & hanc ob rationem ne quidem collegia privatorum consuetudines sibi facere possunt, intellige tales, quæ jus inter alios faciant, privatis enim conventionibus honestis unusquisq; obligatur. (*Diss. Cujac. 7. obs. 30.*) aliud est in iis quæ collegialiter longissimo tempore præscribuntur, de quo vide pulchrè disquirentem Dauth. *tr. de testam. cap. de instit. her. n. 300.* e) qui præsumitur ex diuturno tempore, *l. 33. 35. de LL.* quod ad minimum est 10. annorum, *d. l. 33. & arg. rub. D. & C. eod. l. fin. C. de long. temp. præscript. l. 1. pr. C. de usucap. transform. l. pen. de prat. stipul. Paul. 5. sent. 9. Mynf. 6. obs. 41. n. 10.* arbitrio tamen judicis relinquendum. *Duar. hic, c. 11. Geil. 2. obs. 31. nu. 2. Bronch. 1. enant. 3. Menoch. 2. arb. jud. cas. 83. nu. 6. 7. Connan. 1. comm. 10. n. 6.* (jure tamen Saxon. præcisè requiritur spacium annorum 31. septimana-

manarum 6. dierum 3. Landrecht *lib. 1. art. 19. & gl. in d. lib. 1. art. 38. & gl.* Weichbild *art. 4. notat Sebast. Stelbag. in epit. jur. civ. class. 1. tit. 4.* & ita quotidie pronunciari ait Sneid. *ad tit. Inst de jur. nat. gent. & civ. §. ex non scripto, n. 5. in fin. adde* Wes. *par. tit. de LL. nu. 8. lit. O. Fachs. in diff. jur. civil. & Saxon. diff. 12. Reinh. p. 2. diff. tit. de var. cas. diff. 2. aliàs diff.* 138. quod in statutis etiam illo jure secus esse notatur *thesi seq. lit. A. in fine.*) Porrò præsumitur etiam consensus ex actibus pluribus, *Menoch. arb. judic. cent. 1. cas.* 83. (quorum duo ad minimum probandi sunt consuetudinem ignotam allleganti, *arg. l. 2. C. quæ sit long. cons. & ibi Bart. & Salic.*) etiam extrajudicialibus, quia & inde consensus colligi potest, *arg. l. sive apud, C. de transact. Bart.* Jas. *in d. l. 32. Geil. observ. 31. num 8. adde Donell. 1 comm. 10. Dissent. variè Dd.* f) *vide Duaren. 2. disput. 32. & ad d. tit. c. 11 Donell. 1. comm. 10. Cujac. 2 feud. 1. Costal. ad d. l. 32. Conan. d. cap. 10. num 9. per l. 37. de LL. Gr. Lopez. 1. animad. 5.* g) *per d. l. 2. C.* si nimirum lex adhuc sit in viridi observantia, vel si lex nova certiori & æquiori ratione sit stabilita, qua vitiosa consuetudo emendari potest: nec enim illa autoritatem legislatoris debet infringere, *Oldend. in pr. class. Cont. in d. l. 2. Bronch. 1. enant. 4.* vide tamen aliter sentientem Hier. Setzer *in parat. Inst. de jur. nat. gent. & civ. in fin.* Illud certum, non modò sæpè consuetudinem à lege vinci, sed & in eandem mutari, non quidem toties, quoties consuetudo in scripta redigitur, (quod & suprà *lit. C.* consuetudini nihil derogare, & ad essentiam legis scripturam non requiri *thes. 5. lit. B.* docuimus) sed quoties ita literis commendatur auctoritate superioris condendæ legis potestatem habentis, ut eam deinceps pro jure scripto servari velit, sic multæ prisci temporis consuetudines & legum interpretationes hodie juris scripti nomen induerunt, *l. 2 & passim, de orig. jur.* ut jus patriæ potestatis, *l. 8. qui sunt sui vel alien. jur.* pupillaris substitutionis, *l. 2. de vulg. & pup.* prohibitæ inter conjuges donationis, *l. 1. de don. int. vir. & uxor.* interdictionis bonorum quæ fit prodigis, *l. 1. de curat. furios.* Quod verò Carolus VII. Galliæ Rex suo tempore omnium sui regni provinciarum consuetudines conscribi, & ad Senatum referri, suaq; autoritate confirmari primus curavit, teste Balduin. *in §. fine scripto, Instit. de jur. nat. gent. & civil.* illud solum non probat consuetudines illas in legem scriptam mutatas, sed consensum tantùm Principis inducit, ut illæ consuetudines non secus ac leges scriptæ valeant, nisi, ut dixi, disertè additum sit, Principem eas, ut legem à se scriptam, promulgare. h) facit quod facti sit, & fallere possit, *l. 2. de jur. & fact. ignor. Jas. ad d. l. 32. num 88. vide alleg. à Menoch. cons. 407. nu. 25. adde l. 9. §. 1. C. de test. l. 20. de quæstion. Zas. ad d. l. 32. nu 47. 48. Roch. de Curte, tr. de consuet. sect. 8. num. 8. Coras. p. 2. de juris art. c. fin. Dissent. Bar. in d. l. 32. q. 4 in princ.* cujus opinionem eatenus admittit Mascard. *vol. 1. de prob. concl. 426. num. 11.* ut talis attestatio faciat probationem præsumptivam. Si tamen consuetudo sit notoria, verius est quòd ad eam probandam, imò & allegandam nemo teneatur, *arg. tit. C. ut quæ adv. part. desunt, ea jud. supp.* faciunt tradita per Chassan. ad consu. Burg. *in procem. nu. 22. sequitur Myns. 5. obs. 96. nu. 6. & seq. Diss. Jas. in l. 32. de LL. nu. 88. motus arg. gl. in Cl appellanti, verb. alias causas, de appell. Curt. jun. tr feud. p. 1. q. 1. nu. 13. Geil. 2. obs. 31. n. 17. 18.* Quomodo verò probatur consuetudo, si non sit usque adeò notoria? Testibus ad minimum duobus, *arg. l. 12. de test.* Wes. *hic, nu. 8. Geil. d. c. 31. n. 15. & seqq. Cui. 20. obs. 1. latissimè Jos. Mascard. vol. 1. de probat. concl.* 424. vel etiam publicis instrumentis, *arg. l. ult. in pr. C. de LL. Bart. in d. l. 32. num. 21. Mascard. d. vol. 1. concl. 425.*

Coro-

X.

Coronidis loco ex materia statutorum, quæ legibus annumerantur *a*, hæc maximè notabilia occurrunt: unumquemlibet magistratum in suo territorio statuti condendi habere potestatem *b:* statuto omnes statuentium territorio subjectos obligari *c:* advenas verò vel extraneos tum demum, si ex contractu vel delicto apud statuentes forum *d* sortiantur: sicut & testamentum juxta statuta loci factum etiam extra territorium vires suas obtinere verius est *e*.

a) *c. 1. 2. de constit. in 6. ibiq; glos. l. 46. pr. de V. S. vide l. 3. §. divus, de sepulcr. viol. l. 2. C. de præf. orient. offic. l. 37. de reb aut. jud. poss. l. 6. quod cujusq; univers. nom. l. 13. §. 1. com. præd. l. 30. §. Lucius, de administr. tut. Vult. 1. jurispr. Rom. 13. num. 54. Sneid. & Dd. in §. constat, Instit. de jur. nat. gent. Sonsbec. tract. feud. p. 1. num. 2. & seqq.* eademq; interdum in jure decreta vocantur, *ut tot. tit. de decret. ab ord. fac. Wes. hic, nu. 7. adde tit. C. de decret. decur. lib. 10.* item vocantur leges municipii, *ut in l. fin. d. tit. de decret. ab ord. fac. l. 1. C. de serv. Reip. manu. l. 25. ad municip. l. 1. de alb. scrib. l. 11. §. 1. de mun. & hon. l. 10. de decur. &c.* Talia tamen statuta, præsertim inferiorum, debent esse rationabilia: cùm valeant ut lex: anima autem legis sit ratio: ideoq; meritò reprobanda sunt statuta collegiorum mechanicorum, ut quod unus cœpit, alteri perficere non liceat: Was einer auß den Zunfftgenossen angefangen / der ander nicht außmachen dürffe: quæ & reprobantur disertè *in l. un. C. de menopol. Rebuff. ad constit. Gall. lib. 2. tract. de magistr. artif. art. 4. glos. 2. nu. 18. & seq. Dan. Moller. 2. semestr. 15.* Notandum & hoc, ad probandum statuti observantiam sufficere, si aliquando sit ita observatum, (adeò, ut etiam de jure Saxon. non requiratur alia præscriptio) per tradita à Cravett *cons. 101. num. 3. & cons. 118. Dec. in c. cum mihi, nu. 6. & 7. extr. de constit. author. addit. ad diff. jur. civil. & Saxon. lib. 1. diff. 12.* Vocantur autem statuta Willkür / Weichbild: & jure etiam Saxon. non ligant, nisi voluntate majoris partis subditorum confecta sint, *vide* Landrecht *lib. 1. art. 55. & glos. fin. art. 62. & lib. 3. art. 79. Coler. tr. de proc. exec. p. 1. c. 3. num. 9. & seqq.* Sed de ipso jure statutario Saxonum, quod suis locis cum jure communi conferimus, notandum, illud Saxonibus singulari privilegio datum à Carolo Magno Imp. A. C. 810. in arce Sachsenburg, in Thuringia, quod postea confirmavit Otto I. Imper. A. C. 999. à quibus verò literis mandatum sit, *vide* Landrecht *præfat. in glos. ad verb.* Got der da ist / &c. *adde Alb. Crantzium lib. 2. Saxon. cap. 21.* idq; ex usu ferè interpretationem recipit, Hart. Pist. 1. *quæst. 16. num.* 11. ubi verè ait in fine, longè eos falli, qui cognitionem hujus juris magis ex verbis, quàm ex usu parare student, non igitur singulos juris Saxon. titulos, sed ea potissimùm, quæ usu observari quotidie videmus, & sparsim à doctissimis JC. annotata legimus, huc suos in locos disposita referemus. Obiter & hoc sciendum, multa quæ jure Saxon. controversa fuerunt interpretatione dissimili, hodie esse decisa per Novellas constitutiones Electoris Augusti: quas proinde etiam suis locis citavimus. Utuntur autem hoc jure non Saxones tantùm, sed & ferè Silesii, Lusati, imò in decisionibus causarum plebejarum etiam Poloni & Lithuani, ut notat Petr. Royz. *in præfat. decis. Lithuan.* non coactè, & ut inde aliqua superioritas colligi possit, sed liberè, quatenus id approbarunt, & suis Rebuspubl. accommodarunt. vide quæ in simili tradit

Joan.

Joan. Dauth. *tract. de testam. in prolegom. num. 8. in respons. ad 2. argum.* Sed nec illud omittendum, juris Saxonici partes esse, jus provinciale, Landrecht: & municipale, Magdeburgensium, Weichbild (quasi Wicwill, hoc est, vici voluntatem: sicut aliàs statuta civitatum Willkür appellamus) & tandem jus feudale Saxonicum Lehenrecht/ *vide Coler. tr. de process. execut. p. 1. c. 3. n. 1.* Quæ omnia apud Saxones juris communis vigorem obtinent, sicut alia quælibet consuetudo in isto loco, in quo viget, jus commune censetur, ejusq; appellatione venit, *per notata Schrad. p. 10. tr. feud. sect. 17. n. 31.* & quod instar alterius statuti, strictè intelligendum sit, maximè ubi exorbitat à jure communi, tradit Schrad. *d. p. 10. sect. 4. n. 18. & sect. 9. nu. 153.* & quod cessante expressa decisione juris Saxonici, in terris Saxonicis locus sit juri communi, tradit idem Schrad. *d. p. 10. sect. 13. n. 14.* b) *arg. l. 9. de just. & jur. ubi Bart. & vulgò Dd. arg. l. 1. §. 1. quod quisq; jur. l. formã, C. de off. Præf. orient. c. 2. de maj. & ob. c. 2. de const. in 6. Geil. 1. de pac. publ. c. 6. nu. 11. Borch. tr. feud. c. 5. n. 37. adde VVes. par. de LL. nu. 3. Schurff. 4 cons. 18. n. 2. Gothofr. in l. fin. C. de LL. Coras. p. 2. de jur. art. c. 15. Zas. 2. cons. 1. nu. 21.* sed quid si statuentes superiorem recognoscant, an ejus consensus requireretur? Nisi interesse superioris, puta propter mutationem juris publici, vel aliud in eo versetur, negandum puto, *Jas. in d. l. 9. n. 7. 8. Seb. Med. d. tr. p. 1. q. 21. & 24. Vasq. 1. illust. controv 47. n. 9.* (*Diss. Bart. eumq; secutus VVes parat. de LL. n. 3.*) in dubio tamen consultius fuerit confirmationem à superiore peti, idq; usu servari docet Sneid. *in d. §. constat, n. 14 in fin. vide & Bronch. 1. enant. 5. arg. l. 9. hic, ubi Forcat. n. 9. & seq. l. fin. §. 1. C. de LL. l. fin. C. de colleg. & corp. Novell. 143. pr. Baro ad l. 3. quod cujusq; univers. Don. 2. comm. 6. Geil. 1. p. p. 6. nu. 10.* c) *arg. d. l. 9.* adeò, ut etiam ipsi statuentes obligentur, *Oldend. clas. 1. act. 1. Zas. ad l. hoc edictum, quod quisq; jur. nu. 9. Diss. vulgò Dd. ib. allegati.* d) *arg l. 1. §. fin. de ventr inspic. l. 6. de evict. l. 50. §. 3. de legat. 1. & c. auth. qua in provincia, C. ubi de crim. ag. opor. Novell. 69. per tot.* An clerici statutis laicorum teneantur, vide Bart. & Dd. *in auth. cassa & irrita, C. de SS. Eccles. Geil. 2. observ. 32.* e) ubi non placet distinctio Bart. *in l. cunctos populos, C. de summ. Trin. nu. 32.* an statutum in rem vel in personam conceptum sit: sed separanda potius est causa testati à causa intestati, ut in illa circa solennitatem actus consuetudo loci inspiciatur, ut communiter receptum ait Soar. *lit. T. nu. 72. sequitur Covar. de sponsal. p. 2. c. 7. n. 8. pulchrè Geil. 2. obs. 123.* in hac non item, *Geil. d. lib. 2. obs. 124. Myns. 5 obs. 19.* rationem diversitatis vide ibid. Et sanè magis communis est opinio, quòd statutum continens prohibitionem odiosam in personam ad bona extra territorium statuentium non extendatur, *Alex. cons. 16 lib. 1.* idq; verius esse & ita practicari notat ibid. Molin. *in addit.* adde remissivè Dan. Moller. *lib. 1. semestr. c. 29. in fin.* Aliter distinguit *Jac. Curt. inter ea quæ juris sunt, & ea quæ facti.* Atq; vel ex hoc unico exemplo apparere potest, regulariter in statutis interpretandis idem quod in legibus esse faciendum. Ubi igitur jus commune ex ratione sanctionis vel prohibitionis restringimus vel ampliamus, ibi etiam in statutis idem fiet: ac proinde dictum vulgare Dd. quo asserunt, verba statutorum propriè & strictè esse accipienda, cum hoc temperamento accipiendũ est, si per ea derogetur juri communi, ut tum strictæ interpretationi locus sit, per quam, quantum minimũ fieri potest, à jure communi recedatur. Nam & leges novas ita interpretari solemus, ut quæ in iis non manifesti ratione decisa inveniantur, ea in sanctione legum veterum durare intelligantur, aliàs verò nihil prohibet etiam statuta quàm amplissimè interpretari, ubi id ratio æquitatis admittit, *arg. l. 17. de LL. juncta l. 9. hic, l. 3. §. 1.*

de neg.gest.Duar.ad pr.l.3.de adq.poss.Goth.ad l.64.§.1.de rit.nupt.Borch.de V.O. c.1.n.1. 42. contra Dd. vulgò, qui supradictum axioma nimis indefinitè probant, *ad l. 9. hic.* quibus adstipulatur Rainald.Corf. *1.indagat. 22.* & rationem hujus axiomatis reddere conatur Vacun.*declar.91.ubi vide.adde Geil.2 obs.33.H.Pist.1.q.16.n.8.*

DISPUTATIO II.

De Jure & statu personarum.

Respondente Joanne à Linsingen Hasso.

Thesis I.

Rectè Gajus, omne jus pertinere vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones *a*. Personæ *b* ex natura sive sexu distinguuntur in mares & fœminas *c*: & semper ad alterutrum horum refertur hermaphroditus *d*.

a) *l.1.de stat.hom.§ fin.Inst.de jur.N.G.& C.* quæ distributio, præterquam quòd sensum habet satis concinnum, si rectè æstimetur, ut ab objecto desumpta, etiam propter Justiniani ordinem in Instit. observatum necessariò tyronibus sequenda videtur. Nec movere nos debet ambigua vocis Rei acceptio, quæ in latissima sua significatione omnia comprehendit, *l.5.& ibi Dd.de V.S.l.4. & seqq.de contrah. emt.L.83.§.1.& seqq.de V.O.* nam ex oppositione membrorum divisionis facilè apparet, quid hoc loco Rei appellatione veniat. Nec illud moror, quòd tribus illa membris constat divisio: etenim ea evolvi distinctius ita possunt, ut jus aliud sit absolutum, nempe circa personas & res: aliud relatũ, nempe circa actiones. *Vult. 1.jurispr. Rom.3.* Quod eodem fermè sensu pulchrè comprehendisse mihi videtur *Don.1.com.jur.civ.1.* qui ait, cujusq; jus versari partim in persona, partim in rebus: obtinendi autem rationem sitam esse in actionibus: ut ita priora duo, quodnam cujusq; jus sit, ostendant, posterius obtinendi rationẽ monstret, *vide eund. ad tit. Inst.de act.in pr.Diss.Duar.1.disp.anniv.55.Althus.1.jurisp.Rom.2.* qui distributionem totius juris sumit *ex l.ult.de LL.* quod etiam ante ipsum videtur voluisse Seb. Medices *in tr.de adq.dom.in pr.& in verb.totum,nu.4.* Verùm illa *l. ult.* non de universi juris partibus, sed tantùm de jure rerum & hominum hoc jure utentium agit, ut apparet ex verbis (quis rem vel jus suum) & est ex Ulp. *lib.2.Instit.* ubi de rebus potissimùm Ulpianum egisse docet collatio *l.1. de servit.rust.præd.l.1.com.præd.l.115.de legat.1.l.5.de mort.caus.don.* Quid? quòd acquisitio, conservatio, amissio non constituunt jus, sed constitutum ut effecta sequuntur? Quid? quòd juri tantùm privato competunt, publico non item? *vide erudita Jo. Gœdd.prolegom.erotematis Inst. Cunr.Wolffii præfixa.Wes.in propos.ad tit.de just.& jur. post Isagogen Inst. & in parat.D. ad tit.de LL.n.5.adde lib.1.exercitationum nostrarum c.1. nu.7. & multis seqq.* b) appellatio hæc à Justiniano *in inscript. tit. Inst. hic.* imò & à veteribus JCtis æquivocè usurpatur, ita ut etiam servum contineat, *l.22. de R.I.* propriè enim non hominem, sed ejus in civitate qualitatem denotat, qua quia servus caret, eo significatu persona non est, *vide Wes.ad tit.Inst.hic,n.1.* c) utrorumq; par ratio habetur, cùm jus naturæ sequimur, *l.6. §.2. de pollicit. l.41.ad Trebell.l.1.§.1.de legat. præst.*

prest.contr.tab.l.2.§.1.unde legit.§.sed hac.5.Inst. de exher. lib. ideoq; in statutis etiam pœnalibus mulier masculo comparatur, *Bart.in l.1.de pecul.latè Gœdd.ad l.1. de V.S. nu.53.& seqq.* (*Diss. Jo. Brech.ibid.*) aliàs in multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, *l.9.de stat.hom.l.2.& ibi Dec.Rebuff.P.Fab.de R.I.Spec. in tit.de procur.* §.1. quos diligenter collegit Goth. *in prax.jur. civil.ad h.tit.in verb.fœmina.* Ex quibus omnibus rectè inferunt Dd. mulierem nihil habere prærogativæ ultra masculum, nisi quatenus in jure expressum reperitur *glos.in l.un.C.de rapt.virg. Bald.in l.ult.C.de jur.& fact.ign.Imol.Castr.Alex.in l.si constante 24.§.fi.ff.sol.matrim.* Unde dispositio *d. l.un.* locum etiã tum habere traditur, si mulier sponsum suum vel juvenem rapuisset. *Scar.in lit.M.n.251.post Accurs.& Dd.in d.l.un Gœdd.d.n.53.* & mulier invadens possessionem alicujus, tenetur pœna invadentis possessionem, *Menoch.9.remed.recup.poss.nu.9. Hipp.Bonacoss in com.opin.lit.M.* Illud obiter addendum: falli Cujacium *lib. 6.obs.21. & Scip.Gentil.1.parerg.3.* qui JCto fœminam esse hominem negant, *per l.si quis 38.§.qui abortionis, ibi: mulier aut homo, de pœn. quod refellit l.1.de V.S.ibiq; Gœdd.n.31.& seqq.l.hominis 152.eod.l.3 §.1.de lib.hom.exh.l.3.§.1. unde legit.l.2.de stat.hom.l.1.§.1.ad leg.Corn.de sic.arg.l.maximum vitium,C.de lib.prater.&c.in d.verò l.38.§.qui abortionis*, mulier & homo non opponuntur adversè, sed relativè: quia conjunctim dixerat de poculo abortionis vel amatorio: si illo mulier, hoc homo, sive vir sive mulier perierit: non igitur illo loco homo à muliere distinguitur, quasi mulier propriè homo non esset: sed relatio fit ad membra disjuncta præcedentis orationis. d) nempe ad eum sexum, qui in eo prævalet, ideoq; peculiarem speciem non constituit, *l.10.hic.* quod convenit cum Arist. *lib.4.histor.animal.vide l.15.in fin.de test.ib.l.6.in fin. de lib. & posth.* quæ distinctio & in feudis servatur, *Cost.in d.l.10.Alvar.in c.1.an mutus vel al.imperf.Laud.Belvis.Bald.Isern.Prapos.&c.in c.1.qui test.sint necess.*

II.

Ex jure porrò homines alii liberi sunt *a*, alii servi *b*: sub servis & statu liberos comprehendo *c*, non etiam adscriptitios *d*. Imò hodie vèrè servos in orbe Christiano reperiri non puto *e*: ad cognitionem tamen juris Romani veteris disquisitio de servis est necessaria *f*.

a) quorum status libertas, hoc est, naturalis facultas faciendi quodlibet, nisi quid vi aut jure (hoc est, pœnarum comminatione, juxta Harmenop.) prohibetur *l.2.l.4.pr.hic.* b) quorum status servitus, hoc est, constitutio (origine) juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam (primævam scil. cui bella fuerunt incognita) subjicitur, *d.l.4 §.1. vide Const.Land.ad tit.de just.& jur.c.10.* adeoq; servitutem esse etiam pœnam peccati cõstat *ex Gen.9.v.25.* Recta enim ratio coërcendam improbitatem humanam bello, captivitate, & servitute suasit. Ita cùm sapientes Romani non promiscuè omnes in bello occidendos, & tamen puniendos hostes, qui injustum bellum gessissent, existimarent, servos effecerũt: & illis ipsis utilem servitutem credidère, qui in eandem redigerentur: præterquã enim quòd vitam retinebant, etiam improbis licentia auferebatur injuriarum, & domiti se melius habituri videbãtur, quàm indomiti se habuerant: ut de Asiæ incolis dicere solebat Agesilaus: eos bonos esse si servirent, malos, si libertate fruerentur: teste Plutarch. *in apophtheg.* quamvis hoc potiùs de politica servitute sive subjectione imperii dictum sit: tamen per analogiam ad servitutem do-

 mesticam

mesticam rectè etiam accõmodari potest: aliæ enim gentes magis ad subjectionem, aliæ magis ad imperium etiam à natura pronæ, *vide Balt. Ayalam in præf. ad Lectorem lib. de off. bell.* Quod autem dictum est, servum dominio alieno subjici, inde concluditur: neminem servum intelligi sine domino, *neq; obstat l.1 pr. de rer. divis. l.3. pr. de pecul.* ubi licet servus ratione possessionis in nullius bonis sit, *l.1. §.15. si quis test. li. esse juss. fuer.* ratione tamen juris quod heres in rebus hereditariis, vel alius in aliis bonis habet, in ejus bonis esse intelligitur: neq; contrariũ probatur *l.13 pr. de lib. caus. nec l.36. de stip. ser.* ubi servus impropriè dicitur, & potiùs per similitudinem, *adde Hot. 3. obs. 19.* & paulò aliter hæc *ex gl. & Dd.* explicantem *Pac. 1. cent. concil. leg. 21.* c) Statuliber est, qui statutam vel destinatam in tempus vel conditionẽ libertatem habet, *l.1 6. de statulib. l.81. §. pen. de leg. 1. l.15. 16 de noxal. l.6. de opt. leg. l.25. §.1. de lib. caus. Vlp. in fragm. tit. 2. adde l.16. 25. 29. pr. de statulib.* cui non obstat *l.14 de quæst. l.9. §. fi. de pœn.* nam ex cõstitutione D. Pii in favorem libertatis de proximo futuræ introductũ esse videtur, ut statuliber instar liberi puniretur, *arg. d. l.9. §. fi. Duar. ad tit. si ex noxal. caus. agat. Ravard. 2. var. 11. Hot. 2. resp. amicab. 37. Diss. gl. & Dd.* qui distinguunt inter delictum alienum & suum, & hoc tempore vel servitutis, vel statu libertatis commissum. Aliter Cuj. 1. *obs. 37 & 1. not. Merc. 6.* qui semper id jus obtinuisse putat, ideoq; negationem addit *ad d. l.29. pr.* reprehensus rectè eo nomine *ab Hot. d. c. 37. & à Rob. 1 anim. 6 & 1. not. ad notat. Merc. 6.* Aliter tamen quoad rem ipsam distinguit dd. locis Robert. inter judicia publica & privata: quod *d. l.29. in pr.* satis refellit. An verò promittens hominem liberetur, si solvat statuliberum, *vide Cuj. tr. 7 ad Afr. & Fab. 2 conj. 7. dicam inf. p. 2. disp. 29. th. 3. in fi.* d) quia possidere possunt, *l.20. C. de agric.* sine prædio esse nequeunt, *l.2. eod.* cum domino litigare possunt, *l.23 §.1. vers. caveant, eod. vide gl. in l.21. eod. Bart in l.5. de stat. hom.* Pulchrè Cuj. *ad rub. tit. C. de agric.* adscriptitios videri servos inspecto domino: liberos esse, & propriorum possessores inspecto fisco aliisq; omnibus, *adde Coler. tr. de process. exec. p. 2. c. 6. n. 54 gl in §. servi, ibi vulgò Dd. Inst. hic. Diss. Don. 2. com. 9. in fi. Connan. 2. com. 10. n. 2. 3. Forcat. ad l.4. de just. & jur. n. 15.* Quid de tabulariis dicemus? ne hos quidem servis annumero, *per l.3. C. de tabular. lib. 10. Forcat. in necyom. dial. 98. n. 3. & in l. non dubito, n. 4. de servit. Govean. 2. var. lect. 10. Pruckm. §. soluta potestas, c. 1. n. 98. 99. Diss gl. & vulgò Dd. in d. §. servi, Inst. hic, & in l. 2. rem pup. salv. fore. Borch. tr. feud. c. 3 n 38.* e) *Geil. de pign. c. 8. vide Bodin. 1. de Rep. c. 5. Zas. ad tit. de stat. hom. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 41. nu. 54. & seqq.* neq; ullum colonorum genus hodie eò reduci potest: quamvis verum sit aliquam adhuc servitutem in usu esse, de qua nuper latè & eleganter scripsit Jo. Frid. Husan. *in tr. de hominib. propriis & hodiern. serv. jurib.* quem omninò vide. In Polonia homines proprii Kmethones appellantur, qui dura conditione quidem sunt, servi tamen ita, ut veteris illi non sunt: de quibus vide Ren. Choppin. *lib. 3. de dominio.* Hoc tamen & hodie verum esse puto, quòd fuga servorũ & ancillarum ex quacunq; causa, dominis damnosa esse non debeat, *l.1. C. de serv. fug. Dan. Moller. 2. semestr. 17.* f) *Sich. ad l.5. C. de neg. gest. Schneid. ad §. fin. n. 4. hic. Vigl. ad § si servum, Inst. de vulg. subst.*

III.

Servi igitur fiunt, aut nascuntur. Fiunt jure gentium, captivitate *a*, jure civili venditione suiipsius *b*, & aliis quibusdam modis *c*: in quibus & ingratitudo in patronũ commissa numeratur *d*. Nascuntur ex ancillis

lis nostris *e*. Utrique dominis non tantùm operarum præstatione & rerum adquisitione adstricti, sed & vitæ necisque arbitrio subjecti ante Antonini constitutionem *f*: unde in eorum conditione nulla esse differentia dicitur *g*.

a) §.4.*Inst.hic.l.5.§.1.eod.* unde etiam dicti mancipia, *d.§.4. l.239.§.1.de V.S.*& servi à servando, quia cùm justo bello captos occidere liceret, humanius visum est eos servari hac conditione ut servirent, *Varro 5.Etym.* Ergò natura nemo servus est, & longè alio sensu accipiendus erit Arist. 1.*polit.*3. nempe de servitute, qua recta ratio ab affectibus vincitur: vide ibi Interpp. & in primis Genes. Sepulved. & Joach. Camer. (*Diss.Hus. d.tr. c.1.n.1.*) nisi comparatè intelligamus aliam gentem, alium hominem ad servitutem, alium ad imperium naturâ magis aptum esse. Sicut enim Deus homini, animus corpori, ratio libidini imperat, ita sapientes & cordati imbecillioribus: itaq; naturâ servum esse intelligatur politicè de subjectione, *vide August.*19. *de civit. Dei,c.* 7. Sicut autem servitutis, ita & captivitatis vetera jura inter Christianos bellum invicem gerentes non obtinent: *facit Lev.* 25. *vers.*39. *& seq. Deut.*24. *vers.*7.2. *Paral.*8.*vers.*9.*l.*11.§.1.*l.* 24. *de capt.* sed lytron solvendo veniam recedendi impetrant. *Covar.in c. peccatum,p.*2.§.11.*n.*9. *de R.I.in 6. Alc.in d.l.*239.§.1.*de V.S.Husan.d.c.*1.*n.*7.& 8. b) modò facta sit a libero sciente majore 20. annis ad precium participandum, *d.* §.4.*d.l.*5.§.1. quod quidem Leonis *Nov.*59. fieri vetat: at si fiat, pœnam hanc non abrogat. Sed an parentes vel consanguinei ita seipsum vendentem poterunt vindicare, vel per officium judicis repetere, *arg.l.* 1. *de R. V?* communiter Dd.opinio negat, *per l.* 7.§.2.*de cap. min.* c) ut ex SCto Claudiano, quod tamen Just. postea sustulit, *t.t.Inst.de success.sublat. ex SCto Claud.* item damnatione in metallum. *l.* 8. §. 4. *de pœn.* quod abrogat Novel. 22. *c.* 8. iis tamen hodie rectè æquiparari possunt damnati ad triremes, auff die Galleen/ *Bar.in l.*3.§.*qua pro non script.hab.Graff.lib.sent.*§.*testamentum,q.* 28 quæ pœna & in Canonicis locum habet. *Clar.*5.*sent.*§.*fi.q.*70.*vers.frequens.* d) *l.*6.*de in int.rest.l.*21 *pr. & ibi glos. quod met caus.Sueton.in Claud.c.*25. *vide & Val.Max.lib.* 2.*c.*1.*& lib.*5 *c.*3.*circ.fin.l.si manumissis.C.de libert. & eor.lib. Frid. Pruckman.tr.sol pot.cap.*1. *n.*149.*Diss.Cuj.*10.*obs.*33. *&* 21.*obs.*6. ubi existimat vindictâ manumissos in servitutem ob ingratitudinem revocari non potuisse: De iis verò, qui aliis modis manumissi essent, satis generaliter loquendo nostram sententiam probat *ad d.l.*6. *de in integr restitut.paulò ante finem.pag.*(*mihi*) 91. e) *d.*§.4. *d.l.*5. §.1. idque etiam juri divino consonum est, ut servi sive nati ex ancillis, sive in captivitate venditi, jure veteri Hebræo facti sint in potestate dominorum, *Genes.*17.*vers.*11. f) *confer l.*2.§.2.*ad l.Aquil.l.*109.*de V.S. l.*22.133.157.*de R.I* §.2. *Institut. qui sui vel al.jur.& tot tit.C.de emend. serv.* cum quo consentit jus divinum, *Exod.*21.*vers.*26.*& seq.Bodin.*1.*de Repub.*5.quæ verò magna sævitia dicatur, & qui sint ejus effectus, *vide Menoch.*2.*arb.jud.cent.*2.*cas.*139. *Geil.*1.*obs.*17.*n.*1.2.*& obs.*26.*n.*12. *& seqq. &* 1.*de pac.publ.*2 *n.*22. *Myns.*5.*obs.*8.*Zas.*1 *singul. intel.*2.*n.*7.*Boss.tr.de Princ.ejusq; privil.n.*55. An dominus subditos suos invitos in potentiorem dominum alienare possit, hic quæri video. Negat Hotom. *ill. qu.* 1. ubi in fine tradit: in Gallia regem sine publico regni concilio nihil alienare vel oppignorare posse. *adde aur.bull. Caroli IV.c.*20. & adde per discursum A. Gabriel. *lib.* 3. *concl.*1. *de jure quæsito.concl.*8. *vide etiam inf.disp.* 7.*th.* 2. Item huc reduci potest illud: An pro elocanda filia rectè à subditis collectam Princeps exigat? De consuetudine, quæ legis instar est, *l.*32.*de LL.* & notorio Germaniæ usu id fieri docet Myns.5.*obs.*21.*num.*3 *&*

a quod de jure scripto subsistere negat *Boër. decis.116.n.5.6.Ferd. Vasq.1.ill.controv.7.n.5. per l.3.ibi: impensis propriis.C.de stat. & imagin.l.cum satu.§.caveant. & tot.tit. C.ne rusticani.l.ab omnibus.104.§ si Titio. de legat.1. l.jubemus. C.de SS. Eccles.tot.tit.C.de vectigal.nov. adde Vasq.1.illustr.controv.8.n.8.* ubi nimis verè ait, collationes civium expilationem præsentem & servitutem futuram inducere. g) h.e. nihil interest, utrum quis natus an factus sit servus, *§.fin.Institut.hic.* ab accidente tamen distinguebantur servi, ut alii essent atrienses, de quibus Cujac.10.*obs.*34. alii actores, alii mediastini, &c.*l.15. §.1.de usufr.l. ult.§. fin. de ad.edict.l.49.pr.l.65. §.1.2.l.99. §.1.de leg.3.l.8.§.1.l 12.§.12.13.42.l. 13.§.1.l.17.§.2.l.18.§.6.8.l.27. §.1. de instruct. leg.6.§.2. de pecul.leg.l.17. de pecul.l.43. in fin.de act.emt.l.28.de R.V. vide Pac.cent.1. concil.leg.q.22.* Porrò quæ differentiæ sint inter servos propriè dictos, & homines liberos bona fide servientes, quales sunt plerique nostri famuli & famulæ, vide passim apud Bonacoss. & Husan.*dd. tr.* adde de jure Saxon. Zobel.2.*diff.*59.*&* 4.*diff.*12.*Reinh.p.1.diff.39.& pag.5.diff.45.*adde Sneid.*ad § sunt præterea. Inst.de act.n.14.Geil.2 obs.21.n.6.& 1.pignorat.16.n.2.*

IV.

Servitutem tamen tollit manumissio *a*, quæ olim libertinos *b*, hodie ex constitutione Justiniani ingenuos facit *c*: & cùm sit jurisdictionis voluntariæ, ubivis expediri potest *d*, etiam apud legatum Proconsulis *e*: & cùm libertatis favor magnus sit, interdum ipso jure contingit *f*: atque leges eam restringentes partim laxatæ, ut Aelia Sentia, partim sublatæ, ut Fusia Caninia *g*.

a) quæ est de manu sive potestate datio: *pr. Institut.de liber.l.6.21.hic.l 4.de just. & jur.Rev.c.7.de auct prud. Vacun.6.declar.86.* b) *t.t.Inst. de libert.* quorum triplex erat conditio, *vide d. tit. & ibi latè Dd.* inprimis Ulp. *in fragm. tit.* 1.§.5. Jure Saxonico cum antiquis libertinis dedititiis affinitatem aliquam habere videntur rustici, quos Saxo vocat Lassen/ quasi relictos in provincia, Landrecht *lib. 2. artic. 59. ibiq; gloss. nu.4.& lib.3.art.44.ibiq; gl.Germ.in verb.* da liessen sie die Bawren. quibus olim devictis terræ colendæ relictæ sunt, ne provincia in solitudinem redacta ipsis victoribus esset infructuosa: *Husa.d tr.c.2.nu.29.& aliquot seqq.* ubi & *n.*37. tradit: quòd quæ in jure sancita sunt de servis, ea si moribus nostris conveniant, transferri ad servos possint: ut quæ de manumissione saltem in genere, & de fugitivis restituendis *tot. tit. C.de fugit. col.lib.*11.traduntur: adde *d.tract.c.8.num.*11. ¶ Operæ rusticorum appellantur Frondienste/ à sacro, quasi sacræ libertatis, quæ per manumissionem contigit, remuneratio, *arg.Landr.1.art.53.& 3.art.56.* unde præstant de prædiis quæ colunt, non tantùm nummos vel grossos aliquot pro censu, Silberzinß/ aut aliquot modios frumenti, Gült oder Pachtgetreide: alibi gallinas, anseres, Zinßhüner: sed etiam ferè operas, ii quidem, quibus tantum agri à dominis concessum est, ut equos aut boves aratores (Zugvieh) alere possint: qui appellantur Hüffner/ præstant Pflugdienste: pauperiores verò expediunt operas saltem manuarias, Handdienste. *latè & pulchrè Husan. d.tr.c.6.nu.53.64. & aliquot seqq.* quæ operæ vel sunt determinatæ ad certos dies vel alias circumstantias, gesatzte Dienst: quam determinationem in terris suis Elector Saxoniæ sibi faciendam reservat: ubi verò certa pacta vel transactiones cum subditis adsunt, ea servari præcipit, *Nov. Elect. August.p.2.c.52. ibiq; Dan.Moller.in comment.* vel indeterminatæ, quæ ab arbitrio & religione pendent dominorum, quin & consuetudine regionis, völlige

Landübliche

Landbübliche dienste / & cùm operæ sint diurnum officium, ideò nocturnas non nisi tempore necessitatis, aut si ita consuetudine præscriptum sit, præstant, *d.c.6.nu.96.& seq. Nov.El.Aug.p.2.constit.51.* ¶ De juris in rusticos constituti effectibus vide Husan. *d. tr.c.7.* & de modis quibus dissolvatur *c.8.* qua in re locales consuetudines inprimis attendendæ, & ad fontes æquitatis ita attemperandæ sunt, ut neque dominorum nimia sæpè sævitia alatur, neque effrene genus rusticorum ad petulantiam excitetur, quod non tam simplex est & quietum, *ut olim Cic.pro S.Rosc.l.3.C.de defens.civit. Menoc. 5.præsum.4.num.5.* sed, ut quondam servi, ita hodie rustici ferè sunt versuti, & ultimi prioribus pejores, *Petrarch.lib.2.de remed.utr.fort.dial.59. Bart.in l.1.C.sine cens.& c.& in l.2.Cod.quand.lic.ab emt. Aretin. consf.115.in fin. Neviz.lib.4.sylv.nupt.n.6.Ias.ad rubr.C.ne rust.ad obs.devoc.lib.11. Bonacoss.tr. de serv.q.140.n.3. Menoch.2.arb.jud. q.194. num.3. Mascard.vol.3.de probat.concl.1285.n.6.* De operis rusticorum adde Coler.*tr.de proc.exec.p.1.c. 9.n.57.& seqq.Iac. de S.Georg.tr.feud.rubr.de rhoydis.Geyl.2.obs.62.n.12.* ubi etiam tradit quomodo contra injustas dominorum exactiones defendi rustici possint, *vide Chass. consf.Burg.rub.1.§.4.n.14.& seq.* ¶ Ubi subditi tenentur nobilibus zu bawführen der Rittersitze / & nobilis aliquis plures filios relinquit, qui sibi novas domos exstruunt, placet rusticos ad novas illas domos non teneri præstare operas convehendi, *Dan.Moller.2.semestr.32.* nisi majores ipsorum etiam ad illa loca materiam convehere sint soliti, *Moller. d lib.2. c.33.* c) *§.fin. Instit. d.t. Novel.78.c.fin. & ibi Cujac.idem in Nov.12.cir.fin.* quod rectè ita intelligunt Dd.respectu cæterorum hominum, vel etiam dignitatum: nam etiam post Just.constitutionem verum est, jus patronatus quod in operis & bonis libertorum consistere dicitur, mansisse salvum: & tamen potuisse patronum id in manumissione nominatim remittere, *d. Novel.78. Sneid. ad d.tit. §. fin. Vult.1.Iurispr.c.5. num.56.* Itaque *l.17.hic.* intelligenda est ita, ut ingenuis ante Justinianum ab Antonio civitas data sit, non libertinis. d) & quidem modis variis, de quibus *§.1.& 2.d.tit.Vult.d.c.5.* inter quos olim differentia erat: nam vindicta & paucis aliis modis manumissi statim cives fiebant Romani. hodie modi illi eatenus æquati sunt, ut ex omnibus civitatis jus contingat. e) *l.17.de manu. vind.cui non obstat l.2.de off.Proconf. confer.l 4.§.6.eod.& l.un.C.eod.* facit quod propriam jurisdictionem habet, scilicet cùm provinciam ingressus est, *Cuj.7.obs.21.* & quòd ea quoque quæ à lege mortua dantur, mandari possunt, quando tanti momenti res non sunt, ut per substitutum commodè expediri possint: *confer l.1.l. 4. §. 3. de damn. inf.* aliud si à Principe vel lege viva dentur: quia tum nudum ministerium conceditur, adeoque in alium transferri nequit, *c.fin.§.fin.de off.deleg.c.pen.§ prohibemus.de off. deleg.in 6.vide & Duar.ad ti.de off. Proconf.c.3.P.Fab.ad l.nemo.70. de R.I.Hot.2.amic.resp.1. & 3.obs.4.Robert.1. animad.21.& 1.not. ad notat. Merc.21. Diff.Cuj.1.obs.1. & 15.obs.19.& 1. notat.Merc.21.* qui nullo pacto ferendam negationem addit *dicta l.17.* f) ut si manumissioni ancillæ mora facta sit ab herede, quo casu & liberi ex ea nascuntur, non servi. *l.4.C.de fideic.libert.Cujac.18 obs.20.* g) *tot.tit.Inst.qui & ex quib.caus. manum.& tot.tit.Inst.de l.Fus.Can.tollend.*

V.

Ingenui porrò aut *alieni juris*, hoc est, in potestate patris sunt, aut *sui juris a.* In potestate patris *b*, quæ propria est civium *c* Romanorum, sunt liberi ex justo matrimonio nati *d*, etiam mense septimo post contractas nuptias *e*, etiam mense decimo post mortem patris *f*. Partus ad monstrum declinan-

declinantes liberi non sunt *g*: in utero verò existens toties pro jam nato habetur, quoties de commodo ipsius agitur *h*.

a) *l.1.pr.hic.pr. Instit.eod.* quo loco etsi conjungitur potestas dominica & patria sub eodem genere, fit tamen id æquivocè. Nam potestas dominorum in servos potius dominium fuerit, cùm servi ipsi brutorum penè instar censeantur, *ut dixi sup.* Deinde servus nihil juris civilis participat: filius etiam in potestate constitutus in publicis causis loco patrisfam. habetur, *confer l.9. hic pr.Instit.qui test.tut.dar.poss.l.77. de judic.l.5.§.2 l.seq de cap.minut.* & an patria potestas in judiciis attendatur vide Guid. Pap.*decis.54 per tot.& quæ notant Dd.in l.77. de judic.adde l.11. eod.l. 13. de in jus voc.l.fin.C. eod.* b) *l.3.qui sui vel al.jur. ibiq; Cost.Forcat.nec.dial.15.n.*4. cur non & matris? an quia jus Romanum ipsas fœminas in perpetua tutela esse voluit? an, quod verius est, quia nati non matris, sed patris familiam sequuntur, *l.195.§.familiæ.de V.S.* quam bene explicat Vult. 1. *Iurispr.8. nu.* 4. adeoque vehementer injuriam faciunt juri Romano, qui æqualem utrique parenti honorem ex eo deberi negant: quos refellit *l.6.de in jus voc. & tot.tit.de obseq.par.præst. Vult.1.Iurispr.*17.*in fi.* c) moribus nimirum recepta, *l.8.l.3.qui sui vel al.jur.* propria igitur hæc potestas civium Romanorum non genere, sed qualitate & effectu, *argu.l.6.de just. & jur.§.1.Inst.de patr.pot.& ibi vulgò Dd.l.3.l.8. de his qui sunt sui vel al.jur. ibiq; Costal.& Duar. Men.15.rem.recup.poss.nu. 299.Vult.d.c.17.Pruckm.d.§.soluta potestas.c.1.n.33.Vacun declar.8.Diss.Bodin.1.de Rep.4 & ex parte Cuj.in not poster.ad d.§.1.vide etiam Vacu.3.decl.50.Sigon li.1.de antiq.jur.civ.Rom. c.10.* Jus autem illud quibus in rebus consistat, vide gl.*ad d.§.Vult.d c 17.Cuj.6.obs.17.l. 3.C.de patr. pot.1.t.C qui fil. distrax.* d) *l. 19 de stat.hom.* nam ex illegitimo nati matrem sequuntur quoad statum & conditionem, *l. 24. eo. Vlp. in fragm. tit.5. & 7.l.1. §.2.l.9 ad municip.* W*es.par.d.tit.n.*5. An verò, ut hi sint liberi, sufficiat matrem conceptionis tempore liberam fuisse, videntur dissensisse JCti veteres, æquior est affirm. sententia, *l.5.§.2. de stat.hom.* etsi contrarium statuat Ulp. *in l.18. eod. & in frag. d tit.5. §.10 Gaj.1 Inst.4.§.* 10. quorum sententia de rigidiore juris subtilitate videtur verior, *Hot.lib.4 observ.12.* e) *l.12.de stat.hom.Paul.5.sent.9. & ibi Cuj. Ferrand.Adduens. 1.explic.6.Concennat.1.quæst.9.Forcat. in cupid.jurisperit.c.21.n.6.* De eo qui octavo mense nascitur, dubitandum minus est, imò etiam dicendum, quòd testamentum rumpat, *arg.l.2 3.C.de post.hæred. Boër.decis.220. Dan. Moller.3 semestr.28.ubi vide dissentientes, quibus adde Mynsf.6.obs.40.n.3.in fi.* f) *l.3.§.fin.de suis & legit.*nisi tamen forte sub initium 11. mensis nascatur, *arg.Nov.39.c.2. Cuj.d.loc.Hot.9.obs.9.ex Agel.3.noct. Attic.16.* Utrum pater duodecim liberorum immunis existat ab oneribus patrimonialibus, vide Fachin.3. *controv.49.* Quid si mulier statim post obitum mariti nubat alteri, ut in Austria frequenter contingit, & mense nono à morte primi mariti pariat? in dubio partus secundi mariti proles esse præsumetur, *Graff.§.successio ab intestato.q.2.n.5.* De probatione filiationis vide per discursum Palæot. *tr.de nothis & spur.c.22. Covarr.epit. de sponsal.p.2.c.8.§.3. Menoch.1. arbitr. 89. & 6.præsumt.53. Rol.à Valle 4.cons.49.nu.48. Cephal.1.cons.82.n.48 & cons.137.n.44.Fachin.1.controv.73. Duar.ad tit.de probat.c.3.Concenn.1.q.9.n.32.Tessaur.decis 3.* Et an ex similitudine lineamentorum corporis argui possit a filio ad patrem, & contra, vide Levin. Lemn. 1. *de occult. nat. mirac.4. Coras.2. mis.22.& in arest.Tholos.pag.19. & seq.* g) *l.14.de stat.hom.quæ est ex Paul.4.sent. 9 ubi vide Cuj.* matri tamen prosunt ad evitandas legis Papiæ pœnas. *l.135.de V.S.& ib. Gœdd.n.1.Pac.cent.1.leg.concil.q.25.* h) quamvis aliis non prosint antequam nascan-

nascantur, l.7.l.pen. de stat.hom.l.30.§ 1.de adq.her.l.231.l.153. de V.S.§.cum autem.Inst.de tutel. nec obstat *l.ult.de collat.* quia ibi una persona est diversimodè considerata, nasciturus & natus.

VI.

Sed fiunt preterea etiam liberi in potestate legitimatione & adoptione. Legitimatio est legis actio *a*, qua liberi naturales *b* consentientes *c*, vel si ejus ætatis sint ut consentire nequeant, postea id ratum habentes *d* legitimantur. Ejusmodi hodie duo *e*, subsequens nempe matrimonium *f*, & rescriptum Principis *g*.

a) unde & nomen traxit, quia lege sola nititur: in nuptiis quippe concurrunt natura & lex, unde ex justis nuptiis nati naturales & legitimi simul appellantur, *Vult.1.Iurispr.23.adde Novel.74 Novel.89.cap.1.in vers.natura.Vasq.tom.1.de success. creat.§.15.num.26.* Legitimationis æquitas ex eo apparet, quòd naturâ talibus imputari nihil potest: itaque lex quæ ex justo matrimonio natum potuit facere legitimum, potuit etiam efficere, ut naturalis certis modis sive solēnibus intervenientibus pro legitimo habeatur, *arg.Novel.74.c.1.pr.Nov.81.c.1.H.Pist.2.q.41.* cum & aliâs natura ipsa hunc defectum sæpissimè magnis ingenii bonis compenset: *vide Tiraq. de nob c.15 nu.30 & seqq. Zimar.probl. 97. Fr. Sarmient.1.select.interpr.5.Paleott.tract.de spur.c.1.& ult.* b) hoc est, nati ex ea quam uxorem habere licuisset: nam spurii patrem non habent: incestuosi, adulterini eum habent, quem ne quidem habere possent ullo modo legitimo, *l.1.C. de natur.li.d. Novel. 89. c.ult.Cujac.in Novel.18.* c) *l.ult.qui sui vel al.jur.d.Novel.89.Vasq.d.tom.1.§.21.num.151. Boër.decis.160.nu.1.& 2.post Alberic.Bald.Castr.in l.17.de LL.Gabriel.tit.de legitimatione.concl.1.nu.16.vers.contrarium.Fachin.3 controv.54.Diss.Covar.p.2.de spons.c.8.§.2.n.13.Sarmient.1.select.interp. 8 & plures allegati à Fachin.d c.54.* d) *arg.l.42.de adopt.l.2.C.de eman.Vasq.& Boër. d.locu.Bocer.disput.2.th.8.& seq.* e) olim connumerabatur oblatio curiæ, qui modus à Theodos. introductus, *l.si quis, C.de nat.li.* confirmatus à Leone, *l.quoniam, C.eod.* à Justiniano explicatus est *d.Novell.89.c.2.vide Vult.d.c.23. Alc.2.parerg.26.Brisson.4.antiq.13.Borch.tract.de grad.pag. (mihi)* 199. hodie verò Rep. immutata exolevit, *Ang.cons.17.num.5.vers.hodie autem.Mant. lib.11. de conject.ult.vol.c.10.etsi Anchor.2.q. 60.n.5.Ha.Harm.2.misc.in fin.* his comparent eos, qui religionis causa monasterium ingrediuntur. f) *§.1.Inst.de hered.ab intest.l.10.Cod.de nat.lib.Novel.89.adde inf. p.2.disp.16.th.2.lit. A.* quo modo legitimati verè legitimis & naturalibus cōparantur, *c.tanta, qui fil.sint legit.* adeoq; & in civili emphyteusi, *Port.4.com.opin.conclus.37.* & in feudis succedunt, Port.*d.loc.conclus.36.& vulgò Dd.ut notat Afflict.in c.1.§.naturales.si de feud.contr.int.dom. & agn.vas.vide Hart.Pist.2. quæst.jur.c.41. Diss.Vult.1.feud.9. nu.94.* Et hanc legitimationem per subsequens matrimonium etiam absq; dotalibus instrumentis subsistere verius est. *Novel.117.c.2.vers.4.Cujac.13.obs.4.Got.in l.4.§. fin.C.de adv.div.jud Donell.2.comm.21. Geyl.2.obser.141.n.3.* idq; & jus canonicum, *c. tanta.ibiq; Dd.qui fil.sint legit.* & usus communis confirmat, teste Vult.1. *Iurispr.23.nu. 2.Dissen.Fachin.3.controv.51.* qui distinguit inter jus civile & canonicum, aliter Sarmient 1. *select.interp.5.n.7.in fin.Wes.cons.44.n.44. Borch.in §.fin.Inst.de nupt.& tr.feud. c.8.nu.18.* Ad hanc autem legitimationem sufficere puto, si matrimonium inter virum & uxorem saltem tempore nativitatis filiorum poterat contrahi. *arg.l.5.de stat.*

hom. Covar. par. 2. de sponsal. c. 8. §. 2. nu. 2. Fachin. 3. controv. 50. & faciunt notata sup. thes. 5. lit. D. Dissen. poss. veteres quosdam Sarmient. 1. select. interpr. 5. vide etiam Wesenb. cons. 44. num. 44. g) *Novel. 89. c. 9. Novel. 74. c. 2.* quæ fit vel ab ipso Principe, & solo, ut in Gallia, *Io. Feral. tract. de privil. regni Franc. privil. 15. & 16.* vel etiam ab eo, cui Princeps eam potestatem nominatim dedit, qui comites Palatini appellantur. *vide Geil. 2. observ. 142. nu. 3. & 4. Cæpoll. caut. 123.* illi tamen actum talem alii demandare prorsus nequeunt, per rationem *th. 4. lit. E. supra, Bald. ad rubr. de offic. deleg. Alex. in l. 3. de jurisd.* nec naturales à seipsis procreatos legitimare. *Geil. d. obser. 142. num. 6. (Dissen. Duaren. c. 3. de adopt.)* Cæterum quod Acc. & vulgò Dd. *in §. fin. Inst. de nupt. & Schneid. ad tit. Inst. de patr. pot. n. 16.* illos etiam adnumerat, qui in Principis ministerium dantur, ut nimirum hoc ipso fiant legitimi, id rectè improbat Donell. 2. *comm. 21.* Quid autem, an legitimatus per rescriptum à successione fœminam excludat, stante statuto, ut extantibus masculis fœminæ excludantur? *vide Fachin. 6. controv. 1.* Potest autem Princeps etiam ex damnato coitu natos legitimare, *Covar. d. par. 2. c. 8. §. 8. Fachin. 3. controv. 57. (Dissen. alleg. ibid.)* multò magis igitur filium clerici ut succedat in bonis patris. *d. Novel. 89. c. 1. ibi:* quid enim si ad sacerdotium. *Fachin. 3. controv. 59. (Diss. alleg. ibid.)* alterius tamen subditum Princeps non potest legitimare ad hunc effectum, ut succedat etiam in bonis alterius territorii, *Covar. d. p. 2. c. 8. §. 8. n. 14. Fachin. 3. controv. 58. (Diss. alleg. ibid.*

VII.

Nepos etiam per subsequens avi matrimonium defuncto patre fit legitimus *a*: ita tamen legitimatus fratri ex legitimo matrimonio nato non præfertur *b*. Posterior verò legitimationis modus, si liberi legitimi existant, non procedit *c*: secus est existentibus tantùm agnatis vel cognatis, quibus hereditas nondum est delata *d*. A Pontifice legitimatum in terris Imperii ut legitimum succedere non est concedendum *e*.

a) *argu § licet autem, Instit. de adopt. & §. sin autem, Instit. de her. qual. Bocer. disp. 2. th. 14. Covar. in epit. de spons. par. 2. §. 8. nu. 19. Chassan. in consuet. Burg. tit. de success. rubr. 8. §. 5. num. 42. & seq. Fachin. 3. controv. 56. Dissen. vulgò Dd. arg. l. 37. §. 7. de oper. lib. l. 5. de grad. Geyl. 2. observ. 141. in fi. ibiq; allegati, quos etiam sequitur Val. Forst. tract. de success. ab intest. lib. 1. quæst. quib. cas. hi eff. cess. pag. (mihi) 187.* b) *arg. l. 13. § 4. de adq. possess. ubi Castr. communem dicit arg. l. 1. pr. C. de rei ux. act. arg. l. in suis, de liber. & post. §. sed sui. Instit. de her. qual. Ant. de Rosell tract. legitimat. lib. 1. in caus. fin. col. 2. vers. restat modo. Felyn. in c. ult. col. 12. vers. sub ista, de constit. Catell. Cott. in memorab. verb. primogenitus, vers. nunquid autem, Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 8. glos. 1. quæst. 7. Tiraq. tract. de jur. primogen. quæst. 34. num. 4.* ubi plurimos ad hoc allegat, ejusq; decisionis rationes sedecim assignat *à num. 5. usq; ad 23. Alc. 3. paradox. 12. Dissen. multi per d. c. tanta, qui fil. sint legit.* quorum nomina & rationes prolixè refert & bene refellit Tiraq. *d. c. 34. nu. 24. & multis seqq. vide eundem in l. si unquam, verb. susceperit liberos, nu. 64. C. de revoc. donat. adde p. 2. disput. 16. th. 2. lit. D.* c) *Novel. 89. c. 11. §. 1. Donel. 2. comm. 21. in fin. Cujac. ad Nov. 74.* unde frustra quærunt Dd. an in precibus legitimorum facta sit mentio, eoq; casu legitimationem per rescriptum Principis fieri posse concedunt: *vide Geil. 2. obser. 142. num. 7. & seqq.* d) *Felyn. in c. cum olim, num. 16. de sent. & re jud. Vasq. d. tom. 1. § 5. n. 20. Cujac. consult. 52. Geil. d. obs. 142. n. 11. per l. nam ita, de adopt. ubi Bald. n. 1. latè & elegan-*

*eleganter Mantic.d.lib.11.c.11. Diss.Covar. in epit.de spons.& matrim.par.2.§.9.n.8.Gabriel. lib.2.de citat.conclus.*138. *Diss.Fachin.3.controv.*62. Quæ porrò qualitates in impetratione legitimationis narrandæ sint, vide plenè apud Menoch.2. *arb judic.cent.3.cas.* 203.*Fachin.3. controv.60.61.* & cùm legitimari quis petitur, ut in feudo succedere possit, qualitas feudi exprimenda est, *Clar.4.sent.§.feudum,quæst.82.vide Geyl.d.c.142. num.12.Mynf.5.obs.42 H.Pist.3. quæst.40.n.12.& seqq.* Et cùm hi non verè sed fictè tantùm sint legitimi, ideò statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis, non continentur legitimati per rescriptum: at bene legitimati per subsequens matrimonium, cùm in his nulla sit fictio, nisi quoad tempus quod retrotrahitur, *Geyl.2.obser.140.nu.6.& seqq.& 142.nu.2.H. Pist.3.quæst.41.num.3.& seqq. Mynf.3 obs.26.* c) ut rectè & juri divino consonè post Cyn. docuit Bald. *in rub. de constit.n.35.Ang.cons.29 nu.4.Io.Plat.in §.fin. Inst.de nupt.Curt.jun.cons.136.nu.2.Socin. jun.1.cons.52.nu.4. & 2.vol. cons.100.n.26.* quam veriorem & magis communem opinionem testatur & sequitur Alc.9.*cons.16.n.5.Diss.latè Covar.d.c.8.n.8. Mantic.d.lib.11. c.12.* ubi plurimos pro se allegat. Quomodo legitimatus substitutum excludat *vide d.c.12.& seq.Geil.d.obs.140.& seq.*

VIII.

Adoptio est actus legitimus *a* quo homo liber in locum filii *b* eligitur *c*. Causa ejus efficiens est lex *d*, & consensus eorum qui hoc actu utuntur *e*. Præterea autem requiritur ut personæ sint ad adoptionem idoneæ *f*.

a) *l.4.hic.de offic.Proconf.l.1.C.hic. Bodin.1.de Repub.4. Don.2.com.22.Cujac.12. obs.15.* qui actus *in l.77.de R.I.* mancipationis vocabulo cõtinetur, ut & manumissio, Gothof. tamen *ad d.l.1.* ideò putat illic inter actus legitimos non referri, quia solennia ejus sint à Justin. *l.penult. & fin.C. eod.* sublata: quod etsi factum sit, actus tamen legitimus esse non desiit adoptio, adeoq; verum est eam diem & conditionem non recipere *d.l.77.Cujac.6.obser.27.* inter præsentes tantùm, adeoq; non per procuratorem, etiam ex Justin. constitutione, celebrari, *d.l fin.* iterari non posse, *Cuj.7.obser. 7.* An apud legatum proconf. expediri potuit? Non puto: *per d.l.3.de off.Proconf.* ideoq; ad alterum distinctionis *supra th.4.lit.E.* positæ membrum adoptio pertinet: idq; satis bene confirmat *d.l.1.C.hic.* cùm ait, non fieri nisi apud eum, apud quem PLENA legis actio est. b) adde & nepotis, licet quis filium non habeat, *l.15 §.1.l.43. hic.* in quo casu plures juris fictiones concurrunt. *Anton.Cont.1.lect.subsec.7.* filium autem habens non aliter nepotem adoptat, nisi filius adsentiatur, ne ei invito suus heres agnascatur, *l.10.11. hic. § sed si quis.Institut.eod.Dissen. Anton.Cont.1 subsec.lect.6. num.9.Donell.2 comm.22.* c) *Vult.1.Iurispr. 22. num.1. Brisson.lib.1. de V.S.verb. adoptionis nomen*, definit actum legitimum naturam imitantem, quo liberos nobis quærimus. d) quæ permittit in specie quidem adoptare ei cui plenam legis actionem dedit, *arg.d.l.3 hic.l.1.Cod.eod.l.1.de offic.judic.* Alex. arrogare olim licebat per populum lege Curiata, hodie per Principem ex lege regia, *Cujac.12.obs.1.vide th.seq.lit.D.* e) quia enim mancipatione fit, ideò ad contractus instar redacta: præterquam quo iniquum erat familiam mutari à nolente: & in arrogato consensus expressus esse debet, unde infans arrogari nequit, adoptari tamen potest *l.42. hic.* f) hoc est, ut generare possint, sublato saltem vitio, *l.2.§.2.l. 40.§.fin.hic.§.sed & illud, Instit.eod.adde l.30.ibid.* item ut filios in potestate habere

queant, *Vult. d. c. 22*: itaq; fœmina adoptans non filiumfam. sed filium adquirit: ne plus operetur fictio, quàm rei veritas. § *fœmina, Inst. hic. Dissen. Dd. ibi.* qui putant hoc casu mulierem habere in potestate filium, idque tanquam exceptionem subjiciunt *ad d. §. 1. Inst. de patr. potest.* Illud obiter noto, ne quidem reginam posse adoptare citra Principis rescriptum: ideoq; Dux Andegavensis, ut regno Siciliæ potiretur, à Joanna regina adoptatus fuit auctoritate Pontificis, *Ang. in l. eam quam, C. de fideic. Bodi. 1. de Rep. 4.* repudiavit tamen Alphonsum Arragonum regem, quem prius autoritate Pontificia adoptârat.

IX.

Omnis porrò adoptio naturam imitatur *a*: estq; vel arrogatio *b*, hoc est, ejus qui sui erat juris; vel adoptio in specie, hoc est, ejus qui alienæ potestati erat subjectus. In illa causæ cognitio *c* & rescriptum Principis *d* requiritur, & si impubes sit qui arrogatur, non nisi certis quibusdam conditionibus adjectis fieri solet *e*. Hæc imperio magistratus peragi potest, & tam accurata observatione opus non habet *f*.

a) *l. 15. & seq. hic. §. minorem, Inst. eod. l. 23. de liber. & post. Cont. 1. lect. subseciv. 6.* itaq; rectè Bodin. *d. c. 4.* præstaret adoptiones iis prohibere, qui naturales ac legitimos filios suscepissent, aut si orbi essent, ut adoptivi legitimorum ac naturalium jure fruerentur. b) quæ ita nominatur à rogatione, quæ interponebatur, & qua rogabatur arrogandus, an potestati arrogatoris subjici vellet, *l. 2. hic.* ea tamen rogatio stipulatio non est. *Cuj. 9. obs. 37. Diss. Forner. 2. select. 1.* atq; ideò arrogari olim non poterat nisi vesticeps, hoc est pubes, postea tamen Imp. Antonin. etiam impubetem causa cognita, quin & vitrico tutori privignum arrogari permisit, *l. 31. §. 1. de adopt. Cuja. 2 obs. 38.* cui non obstat *l. 17. pr. eod.* quia ratio ejus *in d. l. 31. §. 1.* cessat: & pubes factus pristinum jus recuperare potest causa cognita, *l. 33. eod.* c) quia & bona & liberi arrogati transeunt in potestatem arrogatoris, *l. 15. 40. hic.* ideò quæri oportet an hoc expediat arrogando. d) quod postea magistratui intimatur, *l. 2. C. hic. Cujac. d. li. 12. obs. 15.* & adoptio quæ testamento fit, non aliter valet quàm si lege confirmetur. *Cujac. 7. obs. 7.* e) ut caveat arrogator personæ publicæ, hoc est, tabellioni (*vide Govean. 2. var. lect. 10.*) si intra pubertatem decesserit, restituturum se bona ejus iis, qui aliâs ab intestato successuri erant. *d. l. 15. §. 2. hic. §. 3. Instit. eod.* item si decedens arrogator eum exheredârit, vel vivus sine justa causa emancipârit, relicturum se ei quartã bonorum: nempe præter illa bona quæ ad arrogatorem transtulit, & quorum commodum ei postea adquisivit, *l. 2. l. 9. C. hic. d. §. 3. vers. item non aliter.* puberi tamen hoc casu quarta non deberetur, *Donell. 2. comm. 23. in fi. Dissen. Ias. in l. 22. hic. n. 53.* Sed an hæc quarta omnium bonorum, an portionis debitæ? Illud magis placet, *arg. l. 17. §. 4. hic. l. fin. si quid in fraud. patr.* quod olim sensit Bulgar. ut refert Th. Linius *ad d. §. verb. quartam. Diss. Acc. & vulgò Dd.* quorum opinione præsupposita an hanc quartam à Just. *Nov. 18. c. 1.* auctam dicemus? Neg. *arg. d. Novel. 18. c. 1. ubi Acc. Mynf. §. 3. Inst. hic. Ias. d. loc. Diss. Pet. de Bellapert. Cyn. Alberic. & c. in d. l. 22.* f) *arg. §. fi. Inst. eod. l. 5. l. 24. hic.* Quomodo porrò adoptivi succedant, vide distinctè explicatum *inf. p. 2. disp. 16. th. 2. lit. G. & seqq.*

X.

Adoptio in specie sic dicta si fiat ab extraneo, hodie adoptati familiam non

non mutat *a*. Illud generatim verum est, in feudis adoptivos non succedere *b*: nec donationem omnium bonorum revocari filio postea adoptato *c*: nec jus retractatus adoptivis competere *d*: nec tacitam conditionem, si sine liberis decesserit, intelligi mutatam superveniente filio adoptivo *e*.

a) *l.pen.§.1.vers.sed si quidem,C.de adopt.* In quo solo mutationem fecit veteris juris Justinian. *in l. pen. C. hic.* extraneus hic accipitur is, in quo nulla jura patris naturalis concurrunt. *Vult d.c.22. n.22.* Huic consequens est, quòd plebejus ab extraneo nobili adoptatus non nobilitatur, *d.l.pen.§.1.vers.sed si quidem*, nisi duobus casibus, quos vide infra *p.2.disput.15.th.5.lit.C.Diss.Tiraq.tr.de nobil.c.15.n.6.* indistinctè hoc negans, *adde Bodin.3.de Rep.8.Cujac.consult.56.Gothofr.ad l.un.§.4. unde cognat.* Alia quæstio est: An liberi, quos pater nobilis ex ignobili fœmina suscepit, per subsequens matrimonium legitimentur? Aff. saltem ex jure Can. *c.tanta, qui fil sint leg. c.per tuas,12.eod.c.1.de conjug.serv.Geil.2.obs.141.n.3.Fr.Sar.1.select.interpr.7.n.5.& seqq. Wes.ad §.quibus,Inst.de hær.ab intest.n.5.Diss.Bald.in l.2.nu.3.C.quib.reb judic.Cagnol.in l.si qua illustris,n.5.C.ad SC.Orfit.Alc.tr.de præsumt.reg.2.præs.5.Anchor.3.q.25.n.2.* quod de jure civili procedit, *l.1.& auth.seq.C.de nat.lib.d.§.quibus,Nov.74.* sed in judicando attendi amplius non debet, nisi in speciali casu successionis ex privilegio, vel admissionis ad honores ex statuto; quod in specie requirit ejusmodi nobiles, qui à paterno & materno genere certum numerum nobilium majorum edere tenentur: Vollbürtige Ritterleute/ die ihre Ahnen mit Schildt vnd Helm beweisen müssen. *vide Cyriac. Spangeberg.in specul.nobil.p.1.lib.6.c.1.in fin.& Sixt.V.PP.in collect.bullar.bull.50.tit.de creat.ord.& numer.Cardinalium.* Sic de jure Sax. feuda possidere non potest, qui non majores habuit nobiles Lehenr.*c.2.pr.* sed id usus hodie non servat, *Reinh.p.3.diss.30 & 3.* b) *c.adoptivus,& ibi gloss.& communiter Dd.si de feud. defunct. int. dom.* adeò, ut Alvarot. *ibid.* notet, ne quidem quartam consequi filium adoptivum in feudo paterno, quod tamen rectè limitatur in feudo merè hereditario, si adoptatus sit nepos ex filia, *arg. d.l.penult.* imò & statuto vel consuetudine id introduci posse putamus, ut adoptivi succedant. *Alciat.3.vol.consil.3.Rosent.in synops.feud.c.8.th.61.Diss.multi ibidem allegati.* c) *arg.d.l.si unquam,C.de revocand.donat.verb.susceperit.* & quia in legibus novis verba sunt accipienda propriè: & per ea quæ notat Ang. *in l. jubemus, C. ad Trebell. Goth.lib.1.prax.civil.tit.7.ibi: quæritur etiam,pag.(mihi)439.Castrens.in l.2.C.si in fraud. patr. Bodin. d.c.4. in fin.* d) *latè Tiraq. de retract.§.1.gl.8.n.26.& seq.* ubi dissentientes refutat. e) *Bellaper.& Cyn.in l.generaliter,C.de inst. Alb.& Alex. in l.ex facto,§.si quis rogatus, ad Trebell. Diss. Fulgos.in d.l.generaliter,§.cum autem.Barbat.in l. cum acutissimi,C.de fideicomm.* Quid autem si testator filium adoptavit, & heredem extraneum instituit, eumq; fideicommissi substitutione gravavit? neq; tum intelligetur conditio tacita de adoptivis, *Tiber.Dec. 1.vol.cons.34.ubi latè vide.Diss.Fulgos.& Cuman.dd.locis.* Aliter dissentit distinguendo Mantic. *lib.10.de conject.ult. tit.8. nu.19. Hotom.illustr.q.13.*

XI.

Adoptioni nõ dissimilis *a* est recepta passim hodie in Germania *Unio prolium b*, quæ est pactum *c* inter parentes eorumq; ex diverso matrimo-

nio utrinq; susceptos & suscipiendos *d* liberos, præsupposito filiationis jure *e*, de mutua invicem successione *f*, coram ordinario loci magistratu *g*, cum causæ cognitione *h*, adhibitis iis quorum interest *i*, & actis intervenientibus *k*, ritè recteq; initum.

a) quia uterq; actus procedit per fictionem juris, *l. 2. de adopt. l. 2. C. eod. l. 13. de V. O. vide* Jac. *Rickium in eleganti suo tract. de unione prolium, c. 9.* ubi colligit 36. articulos, quibus conveniunt, & 15. quibus dissident hi actus, *vide & Geil. 2. observ. 125. nu. 6.* b) quam nominamus die Einkindschafft/ & de qua Wormatiæ & alibi passim peculiaria extant statuta, etiam in Camera Imperiali confirmata. *Geil. d. obs. 125. nu. 7.* c) à jure scripto prætetitum, adeoq; ex consuetudine vim suam sumens, *Geil. d. obs. 125. nu. 1.* & quidem ex consuetudine rationabili, & non summam aliquam inæqualitatem inducente, *Rick. d. tract. c. 2.* d) quid si vivo patre facta unio non sit, an testamento eam inducere poterit? non aliter quàm si de suis tantummodo bonis inter liberos ex se in duobus matrimoniis procreatos per unionem distribuendis disponat, *arg. Nov. 22. §. fin. & ibi Cujac.* aliâs verò invalidè hoc tentaret, *Geil. obs. 125. n. 11.* Dissentire videtur Giphan. *disp. de pact. th. 233.* e) quod tamen patriam potestatem non importat, *arg. §. fœmina, Inst. de adopt.* unione tamen quæsiti liberi mutuò alendi sunt, *arg. l. 6. l. fin. de agnosc. lib.* f) in rebus omnibus successione paterna & materna adquisitis: exceptis tamen iis quæ jure communi non conferuntur, *arg. l. 22. §. 1. de adopt. l. 54. ad l. Falc.* nec damnaretur hoc pactum in jure, quia est reciprocum, *arg. l. ult. C. de pact. vide inf. disp. 6. th. 8 lit. B.* g) *arg. l. 2. de off. Proconf. l. 36. de adopt.* h) circa quam cujusvis territorii statuta exactè observanda erunt, *Geil. d. obs. 125. n. 5. & 1. obs. 36. n. 6.* i) *arg. l. 2. C. de adopt. l. 6. de susp. tut. Geil. d. loc. nu. 7.* k) *arg. l. 4. C. de adopt.* alicubi speciales libri ad hoc deputari sunt, in quos referenda est unio omnibus jam numeris absoluta, *vide reformat. Wormatiens. tit.* von der Einkindschafft/ *s.* vnd also.

XII.

Solvitur patria potestas morte *a*, dignitatibus quibusdam *b* (non tamen Doctoratus *c*, non monachismi *d*.) emancipatione *e*, delicto *f*.

a) patris vel filii, *l. 15. quand. dies leg. §. 1. Inst. quib. mod. pat. pot.* b) quæ à curia eximunt, *Nov. 81. Vult. 1. jurispr. 24.* qui hoc à Justin. primò introductum ait. c) *Sneid. in §. filiusf. Inst. d. tit.* d) *Cuj. par. C. de emanc. Diss. Sneid. d. loc. Costol. in l. lis nulla, de judic.* e) quæ duplex, legitima & Imperatoria, *vide l. 3. §. fi. de cap. min §. 6. Inst. d. tit. & ibi Dd.* emancipatio autem hodie tacitè fieri præsumitur actionibus quibusdam, ut si pater filium res suas sibi habere sinat, eum in matrimonium collocet, &c. & quia in successione non nocet, ideò solennia non requirit amplius. Quod apud plerasq; gentes usu receptum testatur *Petr. Greg. 11. syntagm. 10. n. 10.* & sanè ita observari in tota Germania usus ostendit, & nominatim tradit Zas. *in l. utrum turpem, de V. O. nu. 4.* idem jure Saxon. receptum est, & confotmatum *Nov. Elect. Aug. p. 2. c. 10. adde Moller. 2. semestr. 16. in fin.* adeò, ut solennitas judicialis hodie saltem ex consuetudine non requiratur amplius: etsi de ea loquatur Landrecht *lib. 2. t. 19.* Effectum vide *inf. p. 2. disp. 19. th. 3. lit. E.* f) ut lenocinio, *l. 6. C. de spectac. lib. 11.* An hodie emancipatione caput minuatur, *vide infrà p. 1. disp. 11. th. 16. lit. C. & disp. 24. th. 9. lit. A. & p. 2. disp. 8. th. 7. lit. F. & disp. 17. th. 3. lit. A.*

DISPU-

DISPUTATIO III.
De Jurisdictione.
Respondente Joanne Niellio Vesalio.
Thesis I.

JUrisdictio *a* plenè accepta *b* est statuendi *c* de re qualibet *d*, & constituti exequendi legitima potestas *e*.

a) a jure dicundo dicta, *rub. & l.1.hic,l.12.de vulg. & pupill subst. Wes.par. hic, n.2. Alc.2.dispunct.24. Vacc.ad rub.hic. Vacon.à Vacun.6.declar.77.n.1. Ferrand. Adduens. 1.explic.11. Diff.gl. & Dd.* qui à (jure) & (ditione) derivant. unde Tiraq. & alii scribunt jurisditio. b) quæ plenissima dicitur *l.7.§.fin. de off. Procos.* item omnimoda, *Clem.unic.§.iisdem, verb.omnimodam, ubi gl. & Dd. de foro comp.* Jurisdictionis porrò vocem esse polysemam, & modò in genere, modò in specie sumi, rectissimè post Dd. asseverat Wesemb. *cons.95.nu.11. Vult.1.jurispr.12.nu.2. Ant.Lesur.in sua prælectione de jurisd. per tot.* ubi *in fin.* eleganter ait, quòd hæc plena & propria jurisdictionis acceptio reliquas suis ulnis complectatur, neq; certis negotiis aut quantitate ulla circumscribatur, sed vastissimum jus dicentis officium pervagetur extra jurisdictionis ipsius (scilicet in specie acceptæ, extraq; imperii metas, *l.1.de jurisd.arg l.2. si quis in jus voc. l.un.si quis jus dic.l.16.de minor.l.3.de postul.l.3 §.procuratorem, in fin. judic. solv. pulchrè Cujac.in prælect.ad d.l.1.hic. Guib.Costan.in memorab.quæst.c.10 in fin. adde l.1.de off.ejus,l.3.hic,l.1.6.11.de off.Procos.* cùm & in causis criminalibus jus dicatur, *l.2. §.23.de orig.jur.constit. Frid.de pace Constant.§.nos Romanorum. adde l.7.§ fin.cum l.seq.de off.Procos. Muscorn.tr.hic,nu.11.17.25. Diff.Hotom.7.obs.16. Vacca in d.l.3. hic. Charond.tr. hic. Bellon.3.supput.6.* c) scilicet tum nudè, ut facit judex pedaneus, tum jure magistratus, ut faciunt illi, quibus jurisdictio in specie data est, *fac.l.99.de V.S.l.1. §.initio,de præf.urb.* d) civili vel criminali: nam ita plenè acceptam jurisdictionem etiam merum imperium sub se comprehendere patet *ex l.1.ibi.* jurisdictionem suam mandant, *de off.ejus,l.2.§. & quia,23.de orig.jur.rub. & l.5 pr.C.hic. Diff. Ant. Vacca ad rubr. & l.2. hic.* e) *arg.rub.l.1.l.3. hic,l.7.§ fin.de off. Procos.* Diss. variè in definienda jurisdictione Dd. tum veteres, tum recentiores, *vide Bart. & Longovall. in l.3.hic. Gillot. Loriott. Baron. Govean. Duaren. Henrison. Charond.in tract.hic. Cujac.par. eod. Vacon.c.78. & seq.*

II.

Statuendi potestas vel nuda est, nempe notio pedaneorum judicum *a*, unde illi ne quidem alios judices dare possunt *b*, nisi sint delegati Principis *c*: vel non nuda sive legitima. Et hæc rursus vel à lege datur, ut jus dandi tutores *d*: vel jure magistratus competit, & est jurisdictio in specie dicta *e*.

a) quæ est nuda negotii disceptatio, *l.5. de re jud. Guil.Forner.in d.l.99. de V.S.* sive cognitio sine jurisdictione sc. in specie dicta, *l.ult.C.ubi & apud quem cognit.&c. arg.l.5.C.de jud.l.15.pr. de re judic.* illa enim magistratibus tantùm competit: non tamen sine jurisdictione genericè & latè accepta, *arg.l.15.pr.juncta l. 28. de re judic. ibiq; Duar.*

Duar.in pralect.2.Goedd in l.99.de V.S. (*Diss Longovall.in l.3 p.3.hic.*) caussarum maximè humiliorum, *l ult.C.de judic.pedan.l.ult. C.quand.prov. non est necess.* atque hi judices tantùm formulæ sibi præscriptæ inhærent, eaque duntaxat habent concessa, sine quibus cognitio explicari non potest, *l.2.hic.* b) *d.l.15.de re jud.l.5.hic, l.ult. de off ejus, d.l.5 C.de judic.* ne quidem ad unum causæ articulum, *arg.l.5. ibiq. A ex. Jas. & alii,C de judic.arg.l.1 §.1.de off.ejus.Fachin.1.controv. 46. contra Bart. in d. l.5* qui ad unum causæ articulum hoc admittit. aliter dissentiunt vulgò Dd. ut testatur ibid. *Jas.nu.8.Zas.nu.25.* qui judici dato permittunt, ut alium judicem det, si ipsi expressè subdelegandi facultas data fuerit. c) *d. l.5. C. de judic.* qui etiam alia habet singularia, nempe apparitores, assessores instar magistratus, quod in cæteris delegatis secus est, *vide Nov.60.Cujac.12.obs.1.Hartm.ab Epping.2.pract.obs.tit.1.obs.8.* sicut & hoc in delegato Principis singulare est, ut sententiam suam possit exequi, *arg.L. ult.in fi.C.d.tit. & l.un.C.qui pro sua jurisd.jud.dar.* rectè enim argumentamur: habet jurisdictionem: ergò & executionem, hoc est imperium mixtum jurisdictionis exercitio cohærens. *confer Costal ad l.45.§.1.judic. Bart. & Goth. ad l.15.pr. de re jud. & ad l 5 C.de judic.Cujac.12.obs.1.*(*Diss.Duar.ad d.l.15 per Nov.54.cap.4.*) eaq; sententia jure Can. confirmata est, *c.quærenti, c.signif.c.ex literis, de off. deleg.* ideoq; alia est quæstio: an delegatus Principis causas meri imperii possit subdelegare? quod de jure veteri omninò negandum est: de hodierna consuetudine, qua merum imperium jure magistratus competit, adeoque rectiùs jurisdictio criminalis quàm merum imperium appellatur, affirmandum, *per tradita infra th.6 lit.E. & seqq. adde Menoch. 1. arbitr.jud. q.54.per discursum.Fachin.1.controv.47.* Ita de jure Saxon. jurisdictionis duæ traduntur species, Halßgerichte / unnd Erbgerichte / quasi dicas, jurisdictio criminalis, & civilis. *Landrecht lib.1.art.68 & lib.2 art.13.juncta glos ibid. Reinhard.p.6.diss.46 Sneid p.2. de feud. nu.85.Coler.de process.execut.p.2.c.1.n.105.& seqq.* Quid verò de jure Saxon. ad jurisdictionem criminalem vel civilem pertineat, *vide addit. post Landrecht, pag. (mihi) 29.* Fürstliche Sächsische Landsordnung / *edit.1558.art.21.* Quod verò diximus, delegatum Principis posse subdelegare, id facit occasionem quærendi hodie: an idem ad delegatos sive commissarios Cameræ Imp. extendi debeat? Negantium opinio placet Mynß. *3.obs.41.* eaq; notissimo usu comprobatur. *Dissent.Geil.1.obs.97.* cujus sententia tum admitti potest, cùm partium consensus & voluntas accedit, *c fin §.1 de offic. deleg.ubi latè Felin.* d) *l.1.hic.ibiq. Cuj.Guibert.Costan.d.c.10.n.ult.Bellon.1.supput.2.Henr. à Suerin.repet.prælect.c.11.adde quæ dicuntur infr.p.2.disput.8. th.1.lit.E.* e) quæ ita rectè notio jure magistratus competens definitur à Cujac *parat.hic.* de qua accipiendi videntur textus *in l.5.§.1.ut leg.serv.caus.l.11.de in jus voc.l.13.de LL.l.26.ex quib. caus.maj.l.1.si quis jus dic.l.2. C.quæ res pign. obl.poss. &c.* Et hæc est jurisdictio, quam Dd. simplicem appellant, quia cùm magistratus jus dicit, propriè loquendo nō imperat, & vice versa: ita cum ad jurisdictionem hanc jussio sive judicati executio accedit, inde fit, ut in exercitione hæc concurrant, quæ nihilominus ob distinctas distinctorum actuum notiones sunt separanda, *Vult.1.jurispr.12.nu.4.* Et sic *in l.ult.de off.ejus,&c.* accipiendum est, quod dicitur: jurisdictio sine modica coërcitione nulla est: h. e. nisi is cui mandata est jurisdictio, etiam possit jubendo, coërcendo exequi, & ita imperium jurisdictioni conjungere, tum jurisdictio nō sortitur effectum apud obœdire nolentes. Imò hac de re alias atque alias veterum JCtorum fuisse sententias apparet *ex d.l.ult.junct.l.8.in fin.* quarum utraq; est Pauli: quia *in d. l.1.* inquit (verius est) item *in d. l. fin.* (videtur) quasi inspecta proprietate vocabuli aliud dicen-

dicendum esset, nempe mandata jurisdictione non transire imperium, nisi (ut dixi) ad eum effectum respiceretur, ne jurisdictio delegati redderetur elusoria.

III.

Constituti sive judicati exequendi potestas est imperium *a*: idq; quia in civilibus itidem jure magistratus competit, mixtum appellatur *b*: in criminalibus verò, quia cum cognitione de criminibus nihil commune habet, sed à lege specialiter defertur, ideò merum nominatur *c*.

a) quod alii definiunt jurisdictionem in coërcendo positam, *Govean. ad l. 3. hic. Vult. 1. jurispr. 12. num.* 7. b) mixtum igitur imperium nobis ex ordine hujus doctrinæ definitur: potestas exequendi judicati in causa civili. Aliis, imperium coërcitionem habens cum jurisdictione, *arg. d. l. 3. hic.* in qua rectè legitur (cui etiam jurisdictio inest) pro quo perperam *Hotom.* 7. *observ.* 16. emendat (quod etiam jurisdictioni inest) *vide l. 1. in fin. de offic. ejus. Vult. d. loc. nu.* 14. *Alc.* 2. *parad.* 7. *Vacc. Curt jun. Longovall. in d. l.* 3. Planè verò à jure Romano aliena est Dd. definitio, quibus mixtũ imperium est jurisdictio, quæ nobili officio judicis expeditur, privatam utilitatem respiciens: quam non subsistere posse satis evincitur unico arg. *l. properandum* 13. *§. sin autem* 3. *vers. sive ipse judex, C. de jud. junct. l. 4. C. hic.* conatur tamen eam tueri Muscorn. *d. tract. num.* 151. Quod verò dixi, hoc imperium jure magistratus competere, id verum est non tantùm de magistratu Romano, sed etiam municipali. Etsi enim is non potest dare bonor. possessionem, *l. ea quæ, ad municip.* tamen potest jubere cavere in casu *l. 1. & 4. de damn. infe.* habet pignoris capionem & modicam coërcitionem, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. quemadmodum, §. magistratus, ad leg. Aquil. juncta l. ult. de jurisd. l. 17. qui & à quib. manum. l. 12. de jur. dot. l. 15. §. adjicitur, de injur.* habere videntur & mulctæ dictionem, quia publica judicia exercent, *arg. l. 2. §. ult. de judic. arg. l. 5. C. de defens. civit.* quod nos docuit elegantiss. comment. Cujac. *ad Papin. quæst. lib. 1. adde Gœdd. ad l. 131. de V. S.* Dissent. vulgò Dd. qui arg. d. l. ea quæ magistratui municipali derogant mixtum imperium argumento perperam à specie ad genus ducto affirmativè. Ex quibus omnibus & hoc pro consectario rectè deducitur: mixtum imperium & jurisdictionem simplicem rectè distingui ab invicem ratione actuum diversorum, non ratione personæ exercentis, *arg. l. 3. 4. hic, l. 6. §. 2. de tutel. l. 1. ibi:* imperium jurisdictioni cohærens, *de off. ejus, &c. Vult. d. loc. nu. 3. Duar. 1. disp. ann. 53. Dd. vulgò ad l. 3. hic. Dissent. Alciat. 2. par.* 7. 8. 10. *Cujac.* 21. *obs.* 30. *quem sequitur Bocer. hic, th.* 5. contra quam opinionem vide quæ eruditè scripsêre Anton. Fab. 4. *conject.* 4. *& Henr. Suerin. repet. prælect. d. c.* 11. c) *arg. l. 3. ibi:* cui (mixto nempe) jurisdictio inest: ergo mero non inest, & merum respectu mixti dicitur, *Duaren. hic. Vult. d. c. 12. num.* 13. *Isidor. 2. etym. 21. facit l. 82. de condit. & demonstr. Vacun. 6. declar.* 78. *num.* 7. *Gœdd. ad l. 215. de V. S. num. 2. in fin.* Aliter Alc. *ibid.* & vulgò Dd. *in d. l.* 3. qui putant ideò appellari merum, quòd liberum sit. Aliter Hieron. Muscorn. *tract. de jurisd. nu.* 16. ubi contra Hot. & Charond. ait imperium nunquam à jurisdictione separari posse. Sunt etiam qui volunt merum hìc pro summo dici, *arg. l. 2. §. 18. de orig. jur. quos refellit Muscorn. d. tract. num.* 38. Id tamen verum est, merum imperium vocari summam potestatem *in l. 1. vers. cum apud veteres, de offic. Præf. præt.* nempe à gradu. *Gœdd. d. loc.* De gladio selecta quædam huc pertinentia vide apud Bodin. 6. *de Repub. 6 pag.* (*mihi*) 1108. *adde th. 5. lit. A.*

IV.

Has jurisdictionis plenè acceptæ partes exemplis JCti veteres illustrant, cùm judicis dandi licentiam jurisdictioni in specie dictæ attribuunt *a*: cùm mixtum imperium in danda bonorum possessione *b* consistere dicunt; quò etiam restitutionem in integrum *c*, incarcerationem *d*, mulctæ irrogationem *e* referimus. Et hoc mixtum imperium habuit olim Prætor *f*, hodie etiam judices & primores approbatorum collegiorum *g*.

a) facit textus expressus *in d. l. 3. hic, in fin.* quam cùm variè accipiant Dd. nobis placet interpretatio Duar. *ad h. tit. c. 4. Diff. Vigl. in §. præterea, Instit. quib. non est permiss. fac. testam.* qui *in d. l. 3. in fin.* legit (juris dicundi) pro judicis dandi, &c. quem *post Duar. d. loc.* bene refellit Hotom. *7. obs. 16. adde Bernh. Walth. 1. miscellan. 2. & confer quæ dixi th. 2. lit. E.* Dissent. aliter alii, qui judicis dationem mixto imperio attribuunt, perperam moti *arg. l. 12. §. 1. ibi:* propter vim imperii, *de judic.* & quia judicem dare nihil fit aliud quàm jubere judicare, *l. 13. hic, l. fin. de off. Præf. urb.* cujus sententiæ assertores sunt Coras. *in l. 1. num. 26. & in l. 3. nu. 28. hic. Alciat. 2. parad. 7.* sed pro communi facilis est *ad d. l. 12.* responsio, quæ hoc vult, judicis dationem non competere nisi majoribus magistratibus, hoc est, quibus omnia competunt quæ sunt mixti imperii: quia si judex datus judicare nollet, is qui ipsum dedit ad judicandum pro imperio cogere eum non posset, & elusoria fieret datio: ex quo nondum sequitur, actum judicis dationis esse imperii: cum nullum in eo versetur imperium. b) *d. l. 3. 4. hic, l. 4. §. 1. de offic. ejus, l. ea quæ 26. ad municip.* Wesenb. *parat. hic. num. 6. Dd. vulgò in d. l. 3. Dissent. Bocer. hic, th. 20.* qui hanc & quæ sequuntur mixti imperii esse negat: quod idem sentit Longovall. *in d. l. 3. & partim Francisc. de Claper. d. tract. conclus. 11. num. 1. & Anton. Faber 4. conject. 4.* qui *in d. l. 3.* pro (quod in danda) legit (quæ in danda, &c.) Huc tamen non refero agnitionem possessionis, quæ successit in locum antiquæ solennis petitionis & dationis possessionis, *l. ult. & ibi Gothofr. C. qui admit. ad bon. possess. Cujac. 17. observ. 19.* hæc enim est jurisdictionis simplicis. *Valasc. in d. l. 3. hic, num. 221. Dissent. vulgò Dd.* c) *d. l. 3. 4. hic, d. l. 26. ad municip.* Dissent. ante allegati: pro quibus non facit *l. fin. C. ubi & apud quem restit.* ubi per datos non intelligendi sunt pedanei, sed ii quibus mandata est jurisdictio: unde certum est, mixtum imperium mandari posse: de quo postea. d) *per text. in l. 2. de in jus vocan. l. 9. in fin. ad leg. Jul pecul. l. 2. exact. 16. & ibi Cujac. de origin. jur. Dissent. diversimodè Dd. in d. l. 3. Bart. Bald. Alexand. Dec. Longovall.* volunt eam etiam esse meri imperii. Muscorn. *d. tract. num. 87.* vult eam quandoque etiam esse jurisdictionis simplicis. e) *l. 9. §. fin. ad leg. Jul pecul. Dissent. Gœdd. ad l. 131. §. 1. num. 6.* qui jurisdictionis simplicis, *Muscorn. d. tract. num. 113.* qui nonnunquam meri imperii eam esse scribit, quod sequitur Longovall. *in d. l. 3. fol. (mihi) 218.* quorum sententia hodie eatenus vera est, quatenus pœna infligenda corpori sæpè ex causa mutatur in pecuniariam, *vide Villalob. in lit. P. num. 71. ibiq. Fichard. in addit. 2. Clar. §. fin. quæst. 85 per tot.* Peinliche Halßgerichtsordnung *Caroli V. art. 157. & seq. adde l. ult. §. fin. C. de mod. mulct.* quod an & quatenus liceat prolixè & distinctè explicat Prosp. Farinac. *par. 1. tit. de delict. quæst. 17. per tot.* ubi vide. f) quod totidem ex locis juris nostri rectè colligitur, quoties Prætor pollicetur se judicium daturum, item jussurum.

rum. *confer l.1.3.4.5.16.17. &c. hic, l. 3. ibi, edixit, decrevit, & ibi: hanc potestatem, de off. Prator. l. 1. de in integr. restitut. l. 1. ibi: animadvertam, de minor. &c.* f) in causis quæ ad ipsorum jurisdictionem pertinent, *l. fin. C. h. tit. ibi: obedire compelli, arg. l. ult. §. 1. de off. ejus, &c.* Quid de Rectoribus privilegiatarum Academiarum? Eos mixtum etiam imperium habere verius est, *per auth. habita, C. ne fil. pro patr. ibi: delictum sive debitum:* & paulò post indistinctè: super aliquo negotio. *Muscorn. d. tract. num. 75. Dissent. vulgò Dd. ad d. auth. Longoval. in d. l. 3. fol. (mihi)* 183. jurisdictionem simplicem tantùm tribuentes: quorum sententia in scholis Italicis usu servatur: prior ferè in Germanicis.

V.

Judicati in causa criminali exequendi potestatem *a* in sola pœnarum irrogatione *b* verti JCti docent, earumq; tres gradus faciunt *c*. Primi gradus pœnæ sunt, quibus caput & vita naturalis adimitur *d*: secundi, quibus caput & vita civilis, hoc est, jus civitatis Romanæ aufertur, ut deportatio *e*, ad triremes aut perpetuos carceres damnatio *f*: tertii, quæ ad coërcitionem & existimationem tantùm pertinent *g*, ut fustigatio *h*.

a) quæ dicitur potestas gladii ad animadvertendum facinorosos, *d. l. 3. ibiq; post Dd. pulchrè Cuj. in pral.* Gladii igitur appellatione jus vitæ & necis potissimùm, ut notat Gothofr. *in l. 70. de reg. jur.* imò amplius etiam quælibet gravior animadversio intelligitur, *l. 6. §. penult. de offic. Praes. l. 70. de R. I. Vult. 1. jurispr. 12. nu. 9. Cujac. 21. observ. 30. Robert. 4. sent. 22. Coras. 3. miscellan. 17. num. 8. Alciat. 2. parad. 7. &* 8. & hoc jam olim vidit Angel. *in d. l. 3. Dissent. Bart. & vulgò Dd.* qui negant ullo modo merum imperium *in d. l. 3.* definiri, & proinde illud aliter definiunt, ut sit jurisdictio quæ nobili judicis officio expeditur, utilitatem publicam respiciens: rectè reprehendi à Juven. & Longovall. *in d. l. 3.* Dissen. etiam Muscorn. *d. tract. nu. 40. & seq.* ubi multis argumentis conatur evincere, Ulpianum *in d. l. 3.* tantùm de gladio materiali loqui, vide de definitione meri imperii Fachin. *9. controv. 94.* b) quod extendi potest ad bruta etiam animalia ad abolendam maleficii memoriam, *Exod. 21. v. 28. Levit. 20. v. 16.* & hoc voluit Bologn. *in d. l. 3. num. 36.* Muscorn. *d. tract. num. 46.* itemque ad defunctorum cadavera, si atrox scelus sit, *l. ult. ubi Bart. & Dd. de sep. viol. tot. tit. de cadav. punit. ubi Wesenb. parat. Fr. de Claper. tract. de imp. & jurisd. conclus. 4. nu. 6. Musc. d. tract. n. 47. & seq.* Et in sola pœnarum irrogatione merum imperium consistere probatur *in d. l. 3. ibiq; Dec. num. 41. Vac. à Vacun 6. declar. 2. num. 2. Dissent. Bart. & Dd. in d. l. 3.* qui potestatem condendi leges etiam meri imperii esse volunt, sequitur Forcat. *in necyom. dial. 120. nu. 9.* sed hæc quæstio ab hoc loco aliena est: potestas enim condendarum legum neq; imperii, neq; jurisdictionis est, sed ad regalia pertinet, hoc est, ad ea, quæ Principi in signum eminentiæ relinquuntur, *Vacun. d. loc. adde Coras. 2. de art. jur. 15. Longovall. par. 3. c. 7. num. 27.* c) *l. 18 princ. & §. 1. de pœ. Paul. 5. sent. 17. & ibi Cujac. Cont. 1 subsec. lect. 13. Diss. post Bart. Dec. d. loc. nu. 40. & seqq. Fr. de Claper. d. tract. concl. 5. per tot. Muscorn. d tr. nu. 70.* d) *l. 28. pr. juncta l. 21. de pœn. l. 103. de V. S. ibiq; Alc. & Goedd. l. 2. de publ. jud.* quò referri debet damnatio ad bestias, *l. 6. §. 6. de injur. l. 29. de pœn. l. penult. ad leg. Pomp. de parricid. Cuj. obs. 36. & 13. obs. 10. Belvis. in pract. crim. rubr. de pœn. capital. num.* 2. etsi ea hodie desueta est, *Farinac. d. par. 1. tit. 3. q. 19. num.* 28. adeò, ut in locum ejus ferè decapitatio usurpetur, *Marsil. in l. 1. §. legis Corneliæ, ad l.*

Corn.de sicar. e) *d.l.28.Paul.5.sent.17.vide tamen Novel.22.c.8.& auth.sed hod. C.de don.int.vir.& ux.* nec obstat *l.5.§.3.de extr. cogn. vide latè Vult.1.discept.scholast.* & *pulchrè conferentem sententias Duar.1.disp.9. Govean.2. lect.11. Cujac.in notis ad §.minor. verb.libertas,Inst.de cap.minut.& 3.observ.10. Robert.3.sent.9.* Hujus generis hodie est proscriptio sive bannum Imperiale, deß Reichs Acht/ *vide Geil.1.de pac.publ. & passim.* an etiam excommunicatio? Quod affirmat Guid.Pap.*dec.423. in fin.* Pet. Jac. Aurel. *in pract.libell.rubr.*100.*num.*30. Verior est de jure Canonico negantium sententia. *Abb. in c.cum contingat,de for.comp.Longoval.in d.l.3.* f) *c.quamvis 3.de pœn.in 6.Damhoud.pract.crim.c.16.& seqq.* quamvis jure civili hoc tantùm in servis habeat locum, *l.8.§.9.l.35.de pœn. l.6.10.C.eod.* carceris enim usus improprius pœna: proprius diligentior custodia, *l.6.§.7.de inj.rupt.irr.test.* neq; de perpetuis vinculis loquitur, *l.1.de al.lus.vide Cujac.14.obs.34.Diss.Delrio ad l.18.C.de transact. num.46.* vide huc pertinentia diligenter collecta à Prosp.Farinac.*d.par.1.tit.3.quæst.19.nu.31.* Quid de membri mutilatione? Eam capitalem pœnam non esse, adeoq; ad infimum gradum referri placet, *arg.l.8.juncta l.10. ibiq; Bald.& Aretin. qui test.fac.poss.Cyn in d.l.18.C.de transact.Bart.in l.2.num.12.de pub.jud.Dec.in d.l.3.num.42.Alc.num.126.Menoch.1.arb.jud.q.86.num.9.usq; ad 29 ubi omninò vide.adde Delr.ad d.l.18.num.44.(Diss.Castr.& Alex.in d.l.18.Dyn.per l.2.C.de jud.qui vic.alt.)* adde Farinac. *d.quæst.19.nu.25.& seqq.* aliquot quæstiones huc pertinentes eruditè enucleantem. g) hujus gradus pœnæ neq; vitam naturalem, neq; civitatem adimunt, atque ideò hoc respectu capitales non dicuntur: & sic judicia capitis & famæ, *Cic.lib.9. epist. ad Pat.* separat: latius tamen accepto vocabulo omnis causa existimationis capitalis dicitur, *d.l.103.de V.S. Cic.pro Quin.Brisson.lib.3. de V.S. vers.à capite capitalis, in fin. arg. l.1. §.removet. de post.* h) *l.2.de pub.jud.d.l.103.de V.S.facit l.9.& seq.de jur.patron.* commune ait Maran. *in aur.spec par.4.dist.2.n.5.* ideoq; de crimine fustigationis pœnam irrogante transigere non licet, *Bald.Roman.in l.18.Delr.ibid.nu.41. Dissent. Salic.Alex.Curt.sen.Rimin.Alc.ibid.Clar.5.sent.§.fin quæst.58.* Huc etiam pertinet infamiæ in criminalibus irrogatio, *l.7.ibiq; Dd.de pub.jud.vide inf.disput.8.* item rectè huc refertur relegatio, *d.l.2.de publ.jud.d.l.103.de V.S.* quæ absq; negatione in Pand.Flor.rectè legitur. *Gœdd.ibid.num.4.Dissent.Bart.in l.Claudius 13.de his quæ ut indign.Alc.5.parad.8.per l.11. ad leg. Jul. de adult.* quia adulterium crimen sit capitale, *l.18. C.de transact.* & tamen ejus pœna relegatio, *d.l.11.l.9.C.ad leg.Jul. de adult.* sed animadvertendum quando cœperit adulterium esse capitale jure Romano, *vide inf.disp.7.th.5.lit.C.Vult.1.jurispr.Rom.54.num.97.*

IV.

Hanc potestatem sive merum imperium olim Romæ Præfectus urbi *a*, in provinciis Procoss. & Præsides *b* ex speciali Principis vel legis concessione *c* habuerunt: ideoq; alteri, nisi in casu absentiæ & infirmitatis, mandare non potuerunt *d*. Hodie hanc potestatem jure etiam magistratus competere *e*, ideoq; concessione omnimodæ jurisdictionis contineri *f*, & indistinctè mandari usus docet *g*, non solùm quoad cognitionem, sed etiam quoad executionem *h*.

a) sub Imperatoribus: nam hunc magistratum olim etiam in libera civitate fuisse scimus *ex l.2.§.deinde Cornelius, de orig. jur.* in quem locum vide eruditè

P.Fab.

P. Fab. *in comment. ad eund. tit. pag. (mihi)* 173. sed eum quasi desuetum Augustus revocavit, *Dio. lib. 54. Suet. in August. c. 37. Tacit. 5. annal. l. 1. pr. de off. Praef. urb. l. 6. §. 1. de interd. & releg. l. 1. §. in quibus. de legat. 3.* b) *l. 7. 8. 9. de off. Proconf. l. 6. §. 8. de off. Praesid. Forcat. in necyom. dial.* 210. *n. 1. P. Fab. in l. 70. nu. 10. de R. I. Cuj. in l. si quis, §. ejus qui, de injust. rupt. irr. Diss. Hot. 3. obs. 12. Muscorn. tr. hic. nu. 95. & seqq.* c) ideoque quia nominatim facta concessione & enumeratione opus erat, argumentum à majori vel minori in his locum non habet: unde etsi praesidi gladii potestas est concessa, non tamen sequitur jus deportandi eidem competere *l. 2. §. 1. de poen. d. l. 6. §. 8. ibiq. Duar. Cuj. in l. si quis, §. ejus qui. de inj. rupt. & c. Fab. in l. 70. n. 8. & 9. de R. I. Diss. Hotom. 3. obs. 12.* Privatus autem hoc imperium nunquam habuit, *arg. l. 3. de off. Praes. l. 1. l. fin. de offic. Proconf. Henr. Suerin. d. li. repet. praelect. cap. 11. Diss. Cuj. 5 obser. 39. & 21. obs. 30. & in l. 8. verb. sed nec mandare, de transact. adducta l. 1. ad l. Corn. de sicar.* sed illa loquitur de judice quaestionis capitalis qui cognitionem tantùm habuit, non exequendi judicati potestatem: & cognitionem illam à mero imperio longè esse diversam vel hinc patet, quòd mandari potest, *l. 6. de offic. Proconf.* merum imperium non item, nisi certis casibus, *l. 1. de off. ejus.* d) *l. 1. pr. de off. ejus. l. 6. pr. l. 11. de off. Proconf.* illis autem casibus non cognitionem (nam ea à mero imperio potest esse separata) sed executionem mandatam fuisse non dubito, *arg. d. l. 1. ibi:* exercitio lege delegata: jam verò lege non cognitio, sed ipsum merum imperium delegatur, *& arg. l. 60. de judic. Longovall. in d. l. 3. fol. (mihi)* 180. *Ias. in l. 15. de re judic. nu. 10. Dec. in c. significasti. de off. deleg. not. 3. Alex. in d. l. 1. Diss. Bart. ibid. n. 5. per d. l. 6. & 11. de off. Proconf. & auth. ad hac. C. de judic. ubi Bald. Bologn. in d. l. 1. n. 117. Menoch. 1. arb. jud. q. 74. n. 49. Walth. 2. miscell. 9. Muscorn. d. tr. num. 135.* quod vulgò placuisse refert Ben. Capra *in comm. opin. lit. O. nu. 6. vide etiam Fachin. 9. controv. 97.* & an mixtum imperium delegari possit, *9. controv. 98.* e) quod de notoria consuetudine est, & dubio caret: ut bene contra veterem glossatorem defendit Azo *in summ. Cod. ad hunc tit. Alciat. 2. parad. 6. Bodin. in meth. hist. c. 6. Muscorn. d. tr. n. 232.* & ita consuetudine etiam omnimodam jurisdictionem, & in hac merum imperium adquiri posse rectè docet Bart. *post gl. in l. 5. n. 9. hic. Inno. in c. Ecclesiarum, de off. ordin.* f) *arg. l. 7. §. fi. de off. Proconf. l. 1. in princ. ibi: qua verò jure magistratus, & c. de off. ejus. Zas. in l. 3. n. 48. Ias. ibid. n. 12. & seq. Bologn. n. 42. Wes. cons. 95. n. 1. & multis seqq. Borch. tr. feud. c. 6. n. 35. & seqq. Longovall. in d. l. 3. part. 4. Muscorn. d. tr. n. 24. & seq. Dissent. vide apud eund. n. 17. & Ias. alleg. loc. adde Rol. à Valle 2. cons. 42. per tot.* quod etiam tum accipimus, si castrum datum sit à Principe cum pertinentiis & cohaerente jurisdictione, & castro jurisdictio plenissima à Principe administrari solita cohaereat, *vide latè Menoch. 3. praesumt. 97. Covar. pract. q. c. 1. Ias. in l. fi. n. 25. 27. de const. Princ.* aliud erit in jurisdictione simpliciter concessa, *arg. l. 7. §. fi. de off. proconf. vide tamen Wes. d. cons. 95. nu. 20. & seqq. adde Schrad. tr. feud. p. 3. c. 4. n. 5. 21. & seqq.* Quando verò jurisdictio à principe praesumatur concessa cumulativè vel privativè, vide distinctè & diligenter explicatum à Men. *2. praesumt. 18. per tot. adde Bart. in l. fin. C. de re milit. juncta l. fin. C. de assessor. c. novit. de jud. Wes. cons. 95. n. 27. Coler. de proc. execut. p. 2. c. 1. n. 128.* g) tam jure civili novo, *l. un. C. qui pro sua jurisd. l. 2. §. 1. C. qui latro. vel al. crim. reos occult.* idque commune ait Fichard. *in addit. ad Villalob. lit. D. n. 37.* vide plurimos utrinq; allegatos à Menoch. *1. arb. jud. q. 54. n. 16. & seqq.* quàm jure canon. *c. quod sedem. 10. ibiq. Felin. 8. de off. ordin. ibiq. gl. qua allegat 2. q. 7. c. sicut. 46.* ubi depositio à Patriarchatu mandatur, *c. pen. de off. vicar. in 6. c. episcopus, ne cler. vel monach. in 6. Wes. par hic. nu. 11. Costal. in d. l. 1. de off. ejus. Guid. Pap. decis. 624.* quam communem esse asserunt Longovall. & Cur. jun.

in d.l.3.Kirch.in th.comm.opin.lit. M.verb.meri imperii,Cagnol.in l.70.de R.I.Curt.jun.in d.l.1.n.77.Henr.Gœden.consf.31.n.31.Fach.9.controv.99.Diff.Alc.in d.c.quod sedem,Covar. 3.var.resol.c.ult.adde Vult.1.jurispr.Rom.14.n.61. h) *arg.d.l.3.hic.d.l.1.de off.ejus.l. 60.de judic.Longovall.in d.l.3.Ias.in l.15.n.10.de re judic.Sneid.d.p.2.n.86.& seq. Coler.d.p. 2.c.1.n.109.& seq.Diff.Costal.in d.l.1.n.23.Menoch.1.arb.q.74.n.49.Bologn.in d.l.1.nu.117. Walter.2.misc.9.*

VII.

A causa efficiente jurisdictio alia dicitur propria sive ordinaria, quam quis habet jure suo *a*: idque vel ex concessione Principis *b*, vel ex præscriptione,& quidem unà cum territorio 10. vel 20. citra territorium 30. vel 40. annis adquisitam *c*: alia non propria, quam quis alieno beneficio habet: eaque vel mandatur ab iis qui eam suo jure habent *d*, vel prorogatur consensu partium *e*.

a) *arg.tit.de off.ejus.l.5.hic.l.2.3.de off.Proconf.l.77.l.123.de R.I.Vult.d.c.11.Bocer. hic.th.7.* b) qui fons omnis jurisdictionis, *confer l.1.de const.Princ.l.1.ad l.Iul.de amb.Wes.hic.n.9.Menoch.2.præsumt.14.n.3.4.ibiq; alleg.* quæ jurisdictio semel publica facta non indiget alia probatione, *Menoch.d.præs.14.n.11.* aliâs ex investituris probatur, sicut delegata ex literis commissionis, *Menoch.ibi.n.9.& 10.* c) *Ias.in d.l. 3.n.29.Valasc.n.125.& 126.Caccialup.n.37.& 39.Bolog.n.88.& seq.Wes.d.nu.9.ibiq; alleg. idem consf.95.n.6.7.Mynf.consf.25.n.16.20.21. Fr.Balb.tr.de præscr p.2.princ.q.1.2. & 3.Diff. variè Dd.* alii enim tempus immemoriale requirunt, ut commune ait Fich.*in add.ad Villal.lit M.n.86.Bonacof.in comm.op.lit. M.verb.merum & mixtum.* quod in reservatis princip. verum est, *Bologn.n 89.Borch.ad c.un.quæ sint regal.n.15.A Gabr.lib.5.concl.1.n.3.* etiamsi Princeps nesciat, *Bolog.d.loc.n 90.Rol.à.Vall.2.consf.91.n.15.* alii merum imperium præscribi negant, quos recenset & refellit *Ias.d.loc.* juri tamen veteri non incongrua est illa sententia, *arg.l.1 pr.de off.ejus.l.3 ad l.Iul.maj.l.2.C.pro emt.* sed usus eam non observat. vide etiam Musc. *d tr.num.124 & seqq.* & latissimè Longov.*in d.l.3.p.4. per tot.* usui autem meri imperii non præscribitur propter intermissum exercitium, si fortè casus se non obtulit; neque erectioni patibuli, si vetus fuerit collapsum. cur erigatur patibulum, notat Zobel *ad Landrecht lib.2.art.*50. quàm prope ad confinia alterius jurisdictionis erigi possit de jure Sax. ne videlicet cum umbra solis longissima est, territorium vicinum attingat, *vide Sneid tr.feud.p.2.tit.quæ res in feud.dar.poss. n.*75. ubi sic in praxi observari notat. Alia quæstio est, de qua etiam hîc dici potest: an nimirum aliquis tempore immemoriali sese possit imperio sui Principis eximere? exempla docent, factum id à multis: jure tamen reclamante, *arg.l.6.in fin.C.de præsc.30.annor. Vasq.ill.controv.c 2.n.14 & c.78.nu 4. Geil.1.obs.21.n.6. Frider. Mind.2.de process.Cam.extrah.67.n.4.Diff.Pruckm.tr.de regal.c.5.n.106.* d) quo casu & mixtum imperium transferri certum est, *l.1.pr.& §.fin ubi Cost.l.3.l.ult.de off.ejus.Longov. in d.l.3.Alc.2.parad.1.Govea.li.2.de jurisd.Wes.n.11.hic.Diff.Ias.in d.l.1.n.28.Zas.n.3.Cur. nu.41.Paul.de Orian.n.69.Cov.pract. quæst.c 3 nu.9. & vulgò Dd.vide Fach.9.controv.98.* e) *Vult.1.jurispr.14.n.17.* ubi eleganter docet hanc prorogationem non rectè fieri, nisi ei qui in magistratu sit, nunquam privato. An delegato? ita videtur *per l.1.verb. vel aliam jurisdictionem habet, & ibi gl.de jud.* nam jurisdictionis appellatione venit etiam mandata jurisdictio, *arg.tit.de off.ejus.Diff.Alc.in rub.hic,gl.in c.2.eod.in 6.* Per

solam

solam tamen alluvionem jurisdictio neq; augetur neq; minuitur, *Fr. Viv. 2. com. opin. verb. alluvionum. n. 1. Soar. lit. A. n. 172. Diss. Curt. ju. cons. 56. col. 2.*

VIII.

Ceterùm qui jurisdictioni preest neq; sibi neq; suis *a*, neq; supra jurisdictionem suam *b* jus dicere potest: sed tam in criminalibus quàm civilibus causis ii magistratus cognoscent, sub quibus reus forum sortitur *c*: vel ratione domicilii *d*, vel ratione loci contractus *e*, commissi delicti *f*, aut quo res litigiosa sita est, si proprietas aut possessio petatur *g*, vel ratione causæ *h*, vel deniq; ratione continentiæ *i*.

a) *l. 10. hic. l. fin. §. pen. C. ubi senator. l. un. C. ne quis in sua caus.* cum quibus conciliandæ sunt *l. 77. de jud. l. 6. de recep. arb.* vel distinguendo inter id quod fieri POTEST, & quod fieri DEBET, ut facit Cujac *ad d. l. 77. tr. 3. ad Afric.* & eum secutus Pac. *cent. 3. conc. leg. q.* 31. vel, quod fortasse rectius est, distinguendo inter judicare & jus dicere, privatas & publicas causas, ut faciunt Duar. 1. *disput.* 15. *Guibert.* 1. *quæst. memorab.* 9. In praxi huc pertinet quæstio: an dominus à subdito suo offensus super illa offensa cognoscat? *vide Menoch. cons.* 403. *num.* 1. 2. 3. *Acad. Ingolstad. in cons. divers. Germ. ICtor. vol. 1. cons. 1. n. 46. & seqq. usq; ad fi.* b) *l. fi. hic. tot. tit. C si à non comp. jud.* nisi progent partes. *l. 2. de jud.* c) *l. 2. 5. C. hic. l. fin. C. ubi in rem act. Vide tamen* Geil. 1. *obs.* 11. d) *l. 2. C. ubi & ap. quem rest l. 19. § fin. de jud. l. 2. C. ubi senat. tot. tit. C. de incol.* præsertim actione personali, *l. 1. C. de jurisd. omn. jud. l. assumtio. §. filius, l. domicilium, ad municip. c. cum sit, de for. comp.* Sed quanto tempore domicilium contrahitur? *Soar. in comm. opin. lit. D. n. 115. Molin. 5. cons. 61. n. 21.* communiter receptum esse testantur, decennii habitatione hoc fieri. Rectius Menoch. 1. *arb. jud. quæst. cent. 1. cas. 86. nu.* 16. id arbitrio judicis putat relinquendum, vide etiam Gœd. *ad l. 190. nu. 3. & seqq. & ad l. 203. de V. S.* & de Germaniæ consuetudine hac in parte Geil. 2. *obs.* 35. *n.* 8. & in specie de conjecturis contracti domicilii, *adde Zanger. p. 2. de except. c. 1. n. 5. & multis seqq.* e) *d. l. 19. §. 1. & ibi Costal.* cui congruit quod ait Ulpian. *in l. exigere, 65 de jud.* quam optimè explicat Robert. 1. *sent.* 4. Diss. vulgò Dd. qui in hac lege exceptionem statuentes in plurimos errores lapsi sunt, *vide Sneid. ad tit. Inst. de hered. ab intest. cap. de success. int. vir. & uxor. nu. 3. & seqq. Rip. in c. 1. n. 65. de for. comp. Panorm. in c. fin. nu. 30. & seqq. Socin. in c. dilecti. n. 38. eod. Coler. tr. de process. execut. p. 2. c. 1 n. 18. & 36.* f) *tot. tit. & maximè in l. 1 C. ubi de criminibus.* ex qua notandum, delinquentes præter locum domicilii & delicti commissi in quolibet etiam loco in quo reperiuntur, conveniri posse. *Cuj. parat. ibid. Duar. ad tit. D. de jud. cap. de for. comp. Diss. Acc. & vulgò Dd. teste Salic, ad d. l. 1.* Sciendum tamen est, delinquentem alibi repertum ad repetitionem judicis ejus loci, ubi delictum patratum est, ad hunc ipsum judicem remitti debere, *Novel. 134. c. 5. c. 1. de raptor. Clem. pastoralis. 2. de sent. & re jud.* Et hanc sententiam esse receptiorem dicit Clar. *in praxi criminal. §. fin. q. 38. n. 19. Grammat. decis. 26. n.* 11. semperque servatam in senatu Pedemontano testatur Farinac. *p. 1 tit. 1. q. 7. num. 19. in fin. post Tessaur. decis. Pedemont. 90. num. 4. & 6. Diss. Bart. Bald. & alii multi in l. cunctos populos. C. de sum. trin.* adeò ut & hanc dici communem asserat *Graff. li. 2 rec. sent. c. 10. quæst. 3.* quam suo tempore consuetudine receptam fuisse ait Jas. *in l. 15. §. 1. de re jud. vide etiam Covar. pract. qu. 11. Franc. Viv. 2. comm. opin. 208. Decian. prax. crim lib. 4. c. 17. & seqq. Marsil. in l. un. C. de rapt. virg. n. 23. & in prax. crim. §. opportunè, num. 32. 33.* qui distinguendo has senten-

sententias conciliare nititur, ut quoties criminaliter agitur, & remissio petitur, maximè in delictis atrocibus, facienda illa omninò sit: aliud est si remissio omninò non petitur, aut si agatur civiliter, vel si delictum admodum leve sit, sequitur Toming. *decis.5.n.8.& seqq.* adde plenius distinguentem Farinac. *d.q.7.n.19.& multis seqq. & nu.* 28. ubi ex communi sententia remissionem tunc faciendam non esse docet, si delinquens capiatur in loco, ubi nec ratione originis, nec domicilii forum sortitur: maximè si judex remissionem petens non sit sub eodem Principe, *Cov.d.c.11.n.10. adde Fachin.9. controv. 21. & tribus seqq.* & de competentia ratione delicti, *vide eund.9. controv.25. & quinq; seqq.* Quoties autem remissio fit, solet usitata Germaniæ consuetudine remittenti magistratui caveri, ne talis actus jurisdictioni remittentis præjudicium pariat: idq; per literas reversoriales, quas vocant. g) *l.3.C.ubi in rem act.l.un.C.ubi de poss.ag.l.un. C.ubi hered.ag. Dissent. Cujac.parat.ibid.* qui notat, semper cùm dicitur, ibi forum esse competens, ubi res est: sic exaudiri debere: si & ibi reus inveniatur, *arg.l.un.C.ubi de hered.* Ratione autem rei, ubi illa sita est, forum reus sortitur, etsi clericus sit, quia res ipsa trahi in judicium intelligitur, *Socin.in c. sanè.3. de for.comp.Geil.1. obs.37.n.4.Boër.decis.69.n.7. Zang.p.2.de exc.c.1.n.93. (Diss. Menoch.remed.3.retin.poss.nu.3. & seqq.)* Quid si in eo loco reus non degat? citabitur in subsidium juris, ut vocat jus Sax. & si contumax fiat, patietur missionem in bonorum possessionem, *Soc.d.loc.n.13.l.35.§.fi.l.seq. de procur.Zan.d.n.93.* h) ecclesiasticæ enim causæ coram judice Ecclesiastico, *tot.tit.de for.comp.Cost.in l.61.§.1.de jud.* feudales, si lis sit inter vasallos, coram domino: si verò inter vasallum & dominum, coram paribus curiæ ab utraque parte pari numero electis excutiendæ sunt, *c.un.in fin. de prohib.feud.al.per Frid.cap.un. de contr.feud.ap. par.term.c un.§.fin.quo temp.miles, Mynſ.5.obs.75.* An autem reconventio coram paribus curiæ locum habeat, licet ea fiat de causa non feudali, *vide Mynſ.4. obs.90.* ubi negativam in Camera probatam fuisse asserit. i) de qua prolixè & egregiè Petr.Frider. Mindan. *p.3. de process. Cam.extrah.* ubi omninò vide.

IX.

Huc pertinet quæstio: An iis casibus quibus contractus forum tribuit, remissionis facultas vel necessitas constituenda sit? quod negandum putamus.

) *Nov.69.c.1.ubi Cuj.l.2.§.4.de judic.c. Romana §. contrahentis, de for.comp.in 6.Covarr. pract.q.10.n.3 & seqq.Dissent.ex parte Martin.glossographus, ut refert Cujac.d.loc.vide eleganter Zanger.p.2.de except.c.1.n.50.51.Dissent.etiam Ant. Butr. & Panormit.in cap.ult.de foro comp.* Nec obstat, quòd actor reum rescripto ad suum forum potest evocare, *Nov.53.c.1.2.* quia alia ratio est in actore cui onus probandi præriperetur, si alio loco, quàm quo contraxit, agere compelleretur, *Goth.in d.Nov.69.c.1.§.1.*

X.

Jure singulari *a* miserabilibus personis, ut viduis, pupillis *b*, pauperibus *c*, morbo debilitatis *d*, & similibus *e*, indultum est, ut in suo tantùm foro conveniantur, nec ullo Principali rescripto aliò pertrahi possint: ipsi tamen adversarium, cujus forte potentiam reformidant ad incompetentem judicem, adeoq; ad ipsum Principis tribunal evocandi habeant facultatem *f*.

a) l.un.

a) *l.un.C.quand.Imp.int.pop.Covar pract.quaest.6. & 7.* atque huic privilegio renunciari non posse omnibus ad hanc l placet, repudiata contraria Accur. sententia: quia renũciatio misericordiæ, cujus favore hoc privilegium nititur, bonis moribus adversari censetur, *Schrad.tract.feud p.10 c.2.n.36.Thessaur.decis.177.n.5.* & quia renunciatio favoris judicis sine ejusdem consensu, sicut & prorogatio fieri nequit, ita studiosus renunciare nequit: est enim hoc privilegium non ratione illius, qui fortè renunciare vellet, sed etiam ratione Rectoris tanquam judicis introductum. *vide Oldend tr.de jur.sing.c.1.n.1.& seqq. & notata infra lit.E.* b) *arg.rub.& l.un. C.d.tit.Diss ibi Cujac.in par.* has personas hoc privilegio gaudere, si divites sint, negat post multos alios Rol. à Valle 2 *cons 20.n.11.& seqq.ubi vide.* Contrarium tamen verius est, *per c.ex parte 15 de for.comp.Schrad.d.c.2.n.35.* & quòd aliâs nihil speciale in his personis constitutum esset, *Covar.d.c.6.n.2.Rol à Valle sibi contrarius 1.cons.76.n.44.& seqq.Tessaur.decis.177.n 3.* Quod verò de viduis hic dicitur, rectè ad eas fœminas porrigitur quæ cœlibem ducunt vitam, etsi majores sint 25. annis, *arg.l.242 §.viduam.de V.S.* quia eadem ratio subest, infirmitas sexus & judicii imbecillitas, *Bart. Alber. Fulgos. & vulgò Dd.ad d.l.un.Dissen.Rebuff.in d.§.viduam,Covar.d.c.7.vers.sæpe tamen.* Eadem ratione & eas fœminas hoc privilegio gaudere communiter placuit, quorum mariti ob captivitatem vel similem casum ipsis sunt inutiles. c) *l. 49. C.de Episc.& cler.c.pauper.72.11.quæst.3.* Pauperem alii definiunt, qui non habet 50. aureos in bonis, *arg l.10.de accus.* alii, qui minus 100. aureis in substantia habet, *arg.§.3. Instit. de success. lib.* Communior & verior est sententia hoc judicis arbitrio esse committendum, *Valasc.in d.l.3.nu.264.vide plenè Menoch. 2.arb.jud.cent.1.cas.61.* d) *d.l. un.ubi Cujac.in par.* e) de quibus vide Rebuff. *ad const. regni Gall.de sentent provis.art.3.gl.ult.* ubi subdit, judicem arbitrari debere, quæ personæ miserabiles sint, *adde Schrad.d.c.2.n.35. Menoch.2.arb.jud.cent.1.cas.66.nu.1.* Huc etiam referendos esse studiosos literarum causa peregrinãtes, maximè in Academiis, indubitatum est, *per auth.habita, C ne fil.pro patre, ibi:* quis enim eorum non misereatur? de quorum, sicut & professorum privilegiis vide Oldend. *d.tract.c.10. Rebuff.lib.3.de privil.scholast.Horat.Luc tract.eod.adde de jurisdictione Rectorum Academicorum, adde not.supra th.4.lit.G.* f) *d.l.un ubi Cyn.Bart.Bald. Salic. & Dd.glos.in c.significantibus, verb.pauperem, ibiq; Dd.de offic.deleg.Covar.pract.quæst.6.* quod tamen in causis feudalibus non admittit Schrader. *tr feud.p.10.sect.2.nu.42.arg.l.16. C de transact.l.3.C.de resc.vend.& per tradita à Dec.in c.cæterum, de judic.n 4.* In genere autem verius est, privilegio harum personarum nihilominus locum esse, si lite pendente qualitas personæ privilegium inducens mutetur, puta, si pupillus efficiatur major, vidua nubat, &c. *Tessaur.decis.177.n. 4.* Quid autem, si judicium coram ordinario cœptum sit, an adhuc locus erit privilegio *d.l.un.* Omninò; cùm & aliâs jurisdictio Principis cum omnibus inferioribus concurrat, & ipse causas avocare à tribunalibus inferioribus possit: & cùm in ipso processu potentia adversarii plurimum facessere negocii viduæ aut alteri miserabili personæ possit; ac *d.l.un.* loquatur generaliter, *Tessaur.d.decis.177.num.6. (Diss.Covar.pract.q.7.circa fin.vers.9.)* Illud notabile est, etiam in secunda instantia posse fieri talem evocationem, *Tessaur.d. decis.177.n.6.* etiam ex terris vasallorum, qui investiti sunt de mero & mixto imperio: quia privilegium hoc computatur inter suprema regalia, quæ sunt incommunicabilia, nisi destruere velimus illud ipsum, per quod Princeps est id quod est, nempe potestatem statuendi, qua omnibus & singulis suis vasallis est superior. Vide in utramque partem disputantem de hac quæstione Tessaur.

ſaur. *d.deciſ.177.n.11.& ſeqq.uſq; ad fin.* adde quædam de avocatione in terris Electoris Saxoniæ ex Dan. Moller. 2 *ſemeſtr.30.*

XI.

Effectus juriſdictionis eſt, ut actionem confeſſoriam & negatoriam producat, qua defendatur *a*: quin etiam hodie pœna fractæ pacis tenetur, qui alienam juriſdictionem violat *b*.

a) *Sneid.ad §.æquè, Inſt.de act. Weſ.hic.nu.13.commune dicit Soar.theſ.ſent.lit.A.n.52.Diſſ.Vaud.2.q.27.vide Boër. diſp.6.th.36.* b) *Weſ.d.loco.* quæ deſcendit ex Conſtit.Imperii primò promulgata anno 1495. ab Imp. Maximiliano I.ad quam extant doctiſſimi commentarii A. Geilii de pace publica,quos vide.

XII.

Finitur juriſdictio ordinaria morte ejus cui commiſſa eſt, non etiam mandantis *a*: non utendo *b*, vel utendo cum aſperitate in ſubditos *c*: in ſingulis verò cauſis inſtantia vel lite finita *d*, judicis recuſatione *e*. Mandata verò finitur morte ejus cui mandata eſt, & mandantis re adhuc integra *f*, item revocato mandato,&c. *g*. Prorogata deniq; per pœnitentiam revocatur, ſi judex aditus nondum fuerit *h*, niſi mediante juramento fuerit prorogata *i*.

a) *c.1.de offic.deleg.in 6.* b) *c.cùm perſona,7.de privil.in 6.c.cum olim 14.hoc tit.Longovall.in d.l 3.n.fin.* ubi contra Bald. & alios negligentiam breviſſimi temporis ad privandum aliquem ſua juriſdictione dicit ſufficere. Itaq; dubium non eſt, præſcriptione longiſſimi temporis amitti juriſdictionem, & præſcribenti in contrarium adquiri privativè, ut Dd.loquuntur, non cumulativè, daß der jenige wider den die verjährung angezogen wirt/an der gerichtbarkeyt nichts behelt/ *c.irrefragabili,in pr.verb.exceſſus,de offic.ord.c.auditis,de præſcr.l.7.eod.* ac ſi contractu eſſet adquiſita, *arg.l.28.ibiq; Dd.de V.S.Schrad.tract.feud.p.10 ſect.1.n.132. & ſeqq.Fachin.8.controv.23.* quod tamen in Imperatore ſecus eſt, niſi nominatim juriſdictione ſe abdicet, vel aliquos eximi à ſua juriſdictione patiatur, de quali exemtione univerſali Veneti gloriantur. alia eſt exemtio ad primam tantùm inſtãtiam ſpectans, qua in Camera Imperii plures ad declinandum forum utuntur, de qua prolixè Frider. *lib.2.de proceſſ.Cam.extrab.* Ad rem redeundo, id quod intricatiſſimè de præſcriptione meri imperii Dd. diſputant, totum huc redit: quòd olim merum imperium apud Romanos præſcriptione adquiri non potuerit, idq; ex ratione ſtatus Reipub.Romanæ eſt indubium, *arg.l.1.pr.de offic.ejus,l.3.ad leg Iul.maj.l.2.C.unde vi,l.2.C.pro emt.l.fi.de uſucap.* hodie autem poſſit, *Weſ.hic,num.9 & conſ.95.n.6.7. Mynſ.conſ.25.num.*10.20.21. quia merum imperium hodie non nominatim datur à lege, & nihil aliud eſt quàm juriſdictio criminalis, ut ſuprà dixi, *vide Zoannet.tract.de imperio,n.123.137.& ſeq.paulò aliter Fichard.in addit.ad Villalob.comm.opin.lit.M.n.86.* c) *arg.§.dominorum, Inſt.qui ſui vel al.jur.l.2.§.dominorum,& ibi Bald.eod.l.1.C.de emend.ſerv.l.fin. C.quemad.civil.mun.ind. Mynſ.5.obſer.8. Geil.1.obſ.17.n.2.* d) *l.13. C. de jud.* e) quod de jure Canonico certum eſt, *c.4.c.10.in fin.de for.comp.c.39.de off.deleg.* An idem de jure civili? Dicam *inf.diſp.12.th.11.lit.H.* Utcunq; ſit, in terris Imperii hoc non ſervari teſtatur Sneid. *ad §.omnium.num.26.Inſt.de act. vide Mynſ.2.obſer.52. Geil.1.obſ.33.n.1.* f) *c.pen.de off.deleg.l.6.*

ubi

ubi Gov. hic. g) Wesenb d. loc. ubi vide. h) l.18. hic, quod ita se habet, si quis non sui judicis, qui tamen jurisdictioni præest, jurisdictionem prorogaverit. Qui enim sui quidem judicis, sed quem præscriptione fori declinare poterat, jurisdictionem prorogat, pactum servare debet, nec ipsi etiam ante aditum judicem pœnitere licet. l. penul. C. de pact. qua Justinianus hoc jus (quod apud veteres controversum fuisse indicant verba: licet antea dubitabatur:) decidit, Gœdd. ad l. 3. n. 45. & seqq. de V. S. Duar. ad hunc tit. c. 6. Diss. Alc. 2 parad. 17. Coras. 4. misc. 5. Don. ad l. pen. Cujac. tract. 7. ad Afric. in explicatione d. l. 18. & vulgò Dd. qui in diversas sententias iverunt, Fachin. 1. contr. 61. Zang. p. 2. d. exc. c. 1. n. 30. 31. Goth. ad d. l. pen. Per aditionem verò judicis in d. l. 18. denotatur litis contestatio, ut contra Gul. de Cuneo rectè notat ibid. Acc. quem secuti sunt Dd. communiter, teste Zas. ibi, quo facit l. 4. C. hic, l. fin. C. de except. Ex quibus etiam tacito consensu (si videlicet reus litem omissa exceptione fori declinatoria contestatus fuerit) judicis non competentis jurisdictionem prorogari posse, rectè Dd. inferunt, Bolog. in l. fin. num. 17. hic, Diss. Prateus 4. sent. 4. i) Sneid. ad d. §. 11. Inst. de act. n. 55. Covar. ad c. quamvis, de pact. in 6. p. 1. § 4. n. 7. Fachin. d. c. 61. Diss. Ant. Butr. Abb. Dec. in c. 1. de jud. Cæterum aptè difficilis & spinosissima de jurisdictione disputatio concludi potest iis verbis, quæ habet Petr. Greg. Tholos. lib. 32. syntagm. jur. univers. c. 10. in fi. ubi ait: tota jurisdictionum criminalium & civilium causarum distinctio, & magistratuum, ab ordine & distributione, quam Principes constituerunt, & à receptis consuetudinibus pendet: ut ad horum probationes recurrendum censeam, & quo jure utantur municipes. Et paulò post: toties enim mutata est forma judicandi, quoties & Rerump administrandarum formula: & quoties Principibus placuit, & necessitati rerum visum est conducere.

DISPUTATIO IV.

De in Jus vocando & edendo.

Respondente Joanne Renzelio Hamburgensi.

Thesis I.

IN jus vocare, quod experiundi juris causa fit *a*, veteri jure actor solus, nullo interdum adhibito magistratus jussu ejusvé apparitore poterat *b*: quem si reus sequeretur, actionis editio necessaria erat *c*: posteaque Prætor, cognitâ aliquo modo causâ *d*, si dandam actionem putaret, judicem constituebat *e*: quam cognitionem de jure proximè sequebatur citatio ad judicem *f* facti disceptandi causa *g*.

a) l. 1. hic. interdum dicitur etiam vocari in judicium, l. 2. § 2. qui satisd. cog. l. 23. de admin. & peric. tut. sed id rarius fit, quia quod in jure peragitur, non nisi quodammodo in judicio fieri videtur, Vult. 1. discept. schol. 1. b) Duar. 1. disp. anniv. 1. Vult. 1. discept. schol. 1. Diss. Don. ad l. 22. si cert. pet. n. 3. & ad rub. C. hic, n. 13. Robert. 3. sent. 1. Et hæc vocatio etiam manu injecta fieri poterat, si vocatus protinus sequi aut satisdare nollet, arg. l. 5. §. 1. ibi: non qualibet injuria est, & c. qui satisd. cog. facit l. 9. de V. S. si ejus inscriptio conferatur cum inscriptione l. 4. 8. 18. 21. 24. hic, l. 103. de R. I. Duar. Vult. dd. locis, Cuj. 10. obs. 10. Vult. 2. Jurisp. Rom. 26. Diss. Robert. d. c. 1. Vaud. 1. q. jur. 26. c) ut

ſaur. *d.deciſ.177.n.11.& ſeqq.uſq; ad fin.* adde quædam de avocatione in terris Electoris Saxoniæ ex Dan. Moller. 2 *ſemeſtr.30.*

XI.

Effectus juriſdictionis eſt, ut actionem confeſſoriam & negatoriam producat, qua defendatur *a*: quin etiam hodie pœna fractæ pacis tenetur, qui alienam juriſdictionem violat *b*.

a) *Sneid.ad §.æquè, Inſt.de act.* Weſ.*hic.nu.13.commune dicit Soar.theſ.ſent.lit.A.n.52.Diff.Vaud.2.q.27.vide Boër. diſp.6.th.36.* b) Weſ.*d loco.* quæ deſcendit ex Conſtit. Imperii primò promulgata anno 1495. ab Imp. Maximiliano I. ad quam extant doctiſſimi commentarii A. Geilii de pace publica, quos vide.

XII.

Finitur juriſdictio ordinaria morte ejus cui commiſſa eſt, non etiam mandantis *a*: non utendo *b*, vel utendo cum aſperitate in ſubditos *c*: in ſingulis verò cauſis inſtantia vel lite finita *d*, judicis recuſatione *e*. Mandata verò finitur morte ejus cui mandata eſt, & mandantis re adhuc integra *f*, item revocato mandato, &c. *g*. Prorogata deniq; per pœnitentiam revocatur, ſi judex aditus nondum fuerit *h*, niſi mediante juramento fuerit prorogata *i*.

a) *c.2.de offic.deleg.in 6.* b) *c.cùm perſona,7.de privil.in 6.c.cum olim 14.hoc tit.Longovall.in d.l 3.n.fin.* ubi contra Bald. & alios negligentiam breviſſimi temporis ad privandum aliquem ſua juriſdictione dicit ſufficere. Itaq; dubium non eſt, præſcriptione longiſſimi temporis amitti juriſdictionem, & præſcribenti in contrarium adquiri privativè, ut Dd. loquuntur, non cumulativè, daß der jenige wider den die verjährung angezogen wirt/an der gerichtbarkeyt nichts behelt/ *c.irrefragabili, in pr.verb.exceſſus, de offic.ord.c.auditis, de præſcr.l.7.eod.* ac ſi contractu eſſet adquiſita, *arg.l.28.ibiq; Dd.de V.S.Schrad.tract.feud.p.10 ſect.1.n.132. & ſeqq.Fachin.8.controv.23.* quod tamen in Imperatore ſecus eſt, niſi nominatim juriſdictione ſe abdicet, vel aliquos eximi à ſua juriſdictione patiatur, de quali exemtione univerſali Veneti gloriantur. alia eſt exemtio ad primam tantùm inſtãtiam ſpectans, qua in Camera Imperii plures ad declinandum forum utuntur, de qua prolixè Frider. *lib.2.de proceſſ.Cam.extrah.* Ad tema redeundo, id quod intricatiſſimè de præſcriptione meri imperii Dd. diſputant, totum huc redit: quòd olim merum imperium apud Romanos præſcriptione adquiri non potuerit, idq; ex ratione ſtatus Reipub. Romanæ eſt indubium, *arg.l.1.pr.de offic.ejus,l.3.ad leg Iul.maj.l.2.C.unde vi,l.2.C pro emt.l.fi.de uſucap.* hodie autem poſſit, Weſ. *hic, num.9 & conſ.95.n.6.7. Mynſ.conſ.25.num.10.20.21.* quia merum imperium hodie non nominatim datur à lege, & nihil aliud eſt quàm juriſdictio criminalis, ut ſuprà dixi, *vide Zoannet.tract.de imperio,n.123.137.& ſeq.paulò aliter Fichard.in addit.ad Villalob.comm.opin.lit.M.n.86.* c) *arg.§.dominorum, Inſt.qui ſui vel al.jur.l.1.§.dominorum,& ibi Bald.eod.l.1.C.de emend.ſerv.l.fin. C.quemad.civil.mun.ind. Mynſ.5.obſer.8. Geil.1.obſ.17.n.2.* d) *l.13.C.de jud.* e) quod de jure Canonico certum eſt, *c.4.c.10.in fin.de for.comp.c.39.de off.deleg.* An idem de jure civili? Dicam *inf.diſp.12.th.11.lit.H.* Utcunq; ſit, in terris Imperii hoc non ſervari teſtatur Sneid. *ad §.omnium, num.26. Inſt.de act. vide Mynſ.2.obſer.52. Geil.1.obſ.33.n.1.* f) *c.pen.de off.deleg.l.6.*

ubi

ubi Gov. hic. g) *Wesenb d. loc. ubi vide.* h) *l. 18. hic*, quod ita se habet, si quis non sui judicis, qui tamen jurisdictioni præest, jurisdictionem prorogaverit. Qui enim sui quidem judicis, sed quem præscriptione fori declinare poterat, jurisdictionem prorogat, pactum servare debet, nec ipsi etiam ante aditum judicem pœnitere licet, *l. penul. C. de pact.* qua Justinianus hoc jus (quod apud veteres controversum fuisse indicant verba: licet antea dubitabatur:) decidit, *Gædd. ad l. 3. n. 45. & seqq. de V. S. Duar. ad hunc tit. c. 6. Diss. Alc. 2. parad. 17. Coras. 4. misc. 5. Don. ad l. pen. Cujac. tract. 7. ad Afric. in explicatione d. l. 18. & vulgò Dd.* qui in diversas sententias iverunt, *Fachin. 1. contr. 61. Zang. p. 2. d exc. c. 1. n. 30. 31. Goth. ad d. l. pen.* Per aditionem verò judicis *in d. l.* 18. denotatur litis contestatio, ut contra Gul. de Cuneo rectè notat ibid. Acc. quem secuti sunt Dd. communiter, *teste Zas. ibi, quo facit l. 4. C. hic, l. fin. C. de except.* Ex quibus etiam tacito consensu (si videlicet reus litem omissa exceptione fori declinatoria contestatus fuerit) judicis non competentis jurisdictionem prorogari posse, rectè Dd. inferunt, *Bolog in l. fin. num. 17. hic, Diss. Pratæus 4. sent. 4.* i) *Sneid. ad d. §. 11. Inst. de act. n. 55. Covar. ad c. quamvis, de pact. in 6. p. 1. § 4. n. 7. Fachin. d. c. 61. Diss. Ant. Butr. Abb. Dec. in c. 1. de jud.* Cæterum aptè difficilis & spinosissima de jurisdictione disputatio concludi potest iis verbis, quæ habet Petr. Greg. Tholos. *lib. 32. syntagm. jur. univers. c. 10. in fi.* ubi ait: tota jurisdictionum criminalium & civilium causarum distinctio, & magistratuum, ab ordine & distributione, quam Principes constituerunt, & a receptis consuetudinibus pendet: ut ad horum probationes recurrendum censeam, & quo jure utantur municipes. *Et paulò post:* toties enim mutata est forma judicandi, quoties & Rerump administrandarum formula: & quoties Principibus placuit, & necessitati rerum visum est conducere.

DISPUTATIO IV.

De in Jus vocando & edendo.

Respondente Joanne Renzelio Hamburgensi.

THESIS I.

IN *jus vocare*, quod experiundi juris causa fit *a*, veteri jure actor solus, nullo interdum adhibito magistratus jussu ejusvé apparitore poterat *b*: quem si reus sequeretur, actionis editio necessaria erat *c*: posteaque Prætor, cognitâ aliquo modo causâ *d*, si dandam actionem putaret, judicem constituebat *e*: quam cognitionem de jure proximè sequebatur citatio ad judicem *f* facti disceptandi causa *g*.

a) *l. 1. hic.* interdum dicitur etiam vocari in judicium, *l. 2. § 2. qui satisd. cog. l. 23. de admin. & peric. tut.* sed id rarius fit, quia quod in jure peragitur, non nisi quodammodo in judicio fieri videtur, *Vult. 1. discept. schol. 1.* b) *Duar. 1. disp. anniv. 1. Vult. 1. discept. schol. 1. Diss. Don. ad l. 22. si cert. pet. n. 3. & ad rub. C. hic, n. 13. Robert. 3. sent. 1.* Et hæc vocatio etiam manu injecta fieri poterat, si vocatus protinus sequi aut satisdare nollet, *arg. l. 5. § 1. ibi: non qualibet injuria est, & c. qui satisd. cog. facit l. 9. de V. S.* si ejus inscriptio conferatur cum inscriptione *l. 4. 8. 18. 21. 24. hic, l. 103. de R. I. Duar. Vult. dd. locis. Cuj. 10. obs. 10. Vult. 2. Jurisp. Rom. 26. Diss. Robert. d. c. 1. Vaud. 1. q. jur. 26.* c) ut

sciret reus utrum contendendum an cedendum esset, & si contendendum putaret, instructus veniret, *l.1.de edend.* d) quæ causæ cognitio per interrogationes in jure quoq; fiebat, *arg.l.1.& tot.tit.de interr.in jur.fac.* non domi vel in itinere, *l.4.u*-bi pro VEL, lege NON, *l.9.§ 4.eod.junct.l.9.§.1 de off.Proconsul.l.71.de R.I.l 4.C.de dilat.l.un C.de confess* unde infertur: confessus habetur pro judicato, judicatū est a Prætore pro tribunali sedente, ergò & confessio, *item argu.l.1.§.6.pr.& §.2.in fin.eod.d.l.9.§.2.junct.l.1.2.de re jud.item l.6.C.de sent.& interloc.om jud.Hot.1 obs.22.Diss.Cuj.14.obser.11.* qui putat etiam pedaneum judicem potuisse cognoscere. at de eo *l 4.* non loquitur: fiunt enim interrogationes, antequam judex detur: & præterea satis hæc opinio refutatur *per l.4.C.de dilat.* Aliter diss. Robert. *1.rec.lect.13.* Et sanè interrogationes non fieri potuisse puto alibi, quàm ubi formulæ & actiones impetrabantur, quod non domi, sed in jure, hoc est, pro tribunali fiebat. *Vult.d c.1.Hot.7.obs.5.* facit & quòd interrogationum harum is est effectus, ut tacens ad interrogata pro contumace habeatur. *l.11.§.4.d.tit.* e) sortitò, donec is veniret qui utriq; litigantium placeret, *Vult.d.c.1.ex Ascon.Pedian.* unde apparet non absurdum esse, quod cœcus judex dari potuerit, si in eum modo partes consenserint, *arg.l.57.de re jud.vide inf.disp.8.th.2.lit.B.& disp.12.th.7.* f) *Vult.d.c.26.* & hæc citatio non nisi magistratus jussu per præconem aut literis emissis fiebat, *Vult.1.discept.2.l.2.§.3.l.15.§.2.& 4.de jur.fisc.Paul.5.sent.5.§.6.l.53.de re jud. Diss.Duar.1.disp.7.Gov.1.var.lect.ult.* g) *Vult.d.c.1.& 2.* atq; ita duo quasi erant de quaq; re controversa judicia, unum de jure, alterum de facto, *Cujac d.obser.10.facit l.7.de in integr.rest.l.73.de jud.l.3.ne quis eum qui in jus voc.& rubr.d.tit.juncta rubr.si quis caut.in jud.sist.*

II.

Verùm hac procedendi ratione mutata *a* hodie actionis editio judici offertur: idq; vel per libellum supplicem, (nostri supplicationem vocant *b*,) vel eo omisso per libellum quo ipsa actio protinus introducitur *c*. Ex qua editione si apparet actionem competere, decernitur processus & citatio. Citatio est actus quo quis mandatu judicis juris experiundi causa in judicium vocatur, estq; realis vel verbalis *d*: illa per apprehensionem personæ *e*: hæc aut privatim per apparitorem, vel literas, aut publicè edictis propositis fieri solet *f*.

a) quo tempore id primùm factum fuerit dubio sanè non caret, Vult. *d.c.1.* putat id factum fuisse non Constantini tempore, qui formulas sustulit, sed sensim defecisse postquam certus judicum numerus a Justin. *in Novel.82.c.1.* constitutus est. b) huc pertinet *tit. C. de prec. Imp.offer.vide Noe Meurer in process. Germanico.Vult.2. Jurispr.27.Petr.Friderus lib.1.de process.extr.c.2.* ubi rectè tradit differentiam inter supplicem libellum & libellum actionis, adde Cammergerichtsordnung *p.1.tit.22. Geil.1.obs.61.num.12.* Notationem vocis ex veteri more deductam vide apud Vallam *5.elegant.11.Cæl.Rhodigin.8.antiq.lect.39.Rebuff.de supplicat.§.supplicandi veterum mos. Pet.Frider.d.lib.1.c.3.in fi.* c) Schwartzenthal *lib.1.de proc.jur.act.1.c.1.Schrad.tr.feud.p.9.c.7.n.32.& seqq.* hic nominatur libellus actionis & meritorum: ille libellus citationis & processuum, cujus narrata debent esse ejusmodi, ut ex iis actionis libellus formari queat Atq; hic edendi modus ante citationem ita expeditur, ut postea citatione decreta, nulla ejus amplius habeatur ratio, nec ullus effectus supersit ulterior. Alter

verò

verò modus, qui fit per libellum actionis citationem quoque quoad effectum processuum extrahendorum antecedit, sed tamen citatione facta quoad effectum meritorum manet: atq; ita cùm diversos effectus habeat libellus, citatione interdum prior, interdum posterior est. *Vult. d. c. 27. Wes. par. hic, n. 13. Socin. de citat. art. 3.* d) *Geil. 1. obs. 48. num. 12. Marant. p. 6. tit. de cita. num. 58. Vult. 2. jurispr. 28. Schwartzenth. d. lib. 1. act. 1. c. 2.* e) *c. 6. §. expectantibus, de dol. & cont. c. fin. qui mitt. in poss. auth. qua in provincia, C. ubi de crimin. ag. oport. l. 9. C. quom. & quan. jud. Nov. 35. in princ. & ibi Cuj. Nov. 134. c. 5. Myns. 2. obs. 69. Maran. d. tit. num. 73.* & talis citatio delegato Principis etiam permittitur, non item judicibus pedaneis, *Jas. & Dd. in l. 2. de jurisdict. Dissent. aliqui per Nov. 53. c. 4.* Pervenitur autem ad hanc citationem, quoties reus de fuga suspectus est, *vide disp. seq. th. 2. lit. B. Farin. p. 1. tit. de carcer. q. 26. & seqq. per tot. Peregrin. Iannet in edito peculiari tract. de citat. real. ubi vide.* Notetur autem casus quotidianus, quòd nimirum ob debitum civile in nundinis nemo apprehendi vel carcerari possit, nisi In iisdem vel contraxerit, vel in illo loco sese soluturum receperit, *arg. l. 8. & passim, de eo quod cert. loc. facit l. 41 de V. O. Zobel. 1. diff. 44.* qui hoc jure tam communi quàm Saxon. usu servari notat, *adde Nov. Elect. August. p. 1. const. 30. ibiq; Dan. Moller. in comment.* f) *l. 8. C. quom. & qu. jud. Nov. 112. c. 3. l. 26. §. 9. de fideic. libert. Paul. 5. sent. 5. §. 6.* interdum quoq; citatio publicè fit per præconis vocem, tubam aut campanam, *Mar. d. tit. n. 97.*

III.

Continere porrò debet citatio legitimè concepta nomen & cognomen judicis *a*, item ejus qui citatur *b*, & ejus ad cujus instantiam fit citatio *c*, causam *d*, locum judicii *e*, & terminum qui ad comparendum sit idoneus *f*.

a) *Geil. d. obs. 48. Schrad. tr. feud. p. 9. c. 7. nu. 37.* ut cognoscat citatus an competens ille sit, *arg. l. 2. si quis in jus voc. l. ult. de jurisdict.* an jussus judicis præcesserit, *l. fin. C. de exhib. reis.* quæ ad citationem requirantur *vide Schwartzenth. d. act. 1. cap. 3.* & de tribus citationum extremis, *ibid. c. 4.* & de citationis forma, *ibid. c. 3.* b) *c. 34. 36. de rescript. c. 2. eod. in 6. Geil. 1. observ. 49.* etiam cùm plures sunt litis consortes. Cammergerichtsordnung / *p. 1. t. 22. §. item welcher. Recessus Imp. 1566. §.* hinfüran sollen. *Myns. 2. obs. 66.* si tamen civitas vel collegium citari debeat, generalis citatio sufficit, *Geil. d. obs. 49. nu. 6.* c) *arg. c. ult. de rescript. Vant. de nullit. ex defect. cit. num. 49. Geil. 1. obs. 50. Schrad. d. c. 7. nu. 38.* d) *c. 2. de dilat. Myns. 5. obs. 85. Geil. 1 obs. 51. Socin. de citat. art. 20. nu. 9.* quæ ad substantiam citationis requiritur tam in Camera, *Myns. d. loc.* quàm jure communi, *c. primates, 5. q. 2. d. c. 2.* Hanc autem causam in genere exprimere sufficit, nec necesse est libelli tenorem citationi inserere, *Geil. d. obs. 51. nu. 2. Wurmbs. 1. pract. observ. tit. 9. obs. 4. Schrad. tr. feud. p. 9. c. 7. num. 35. & seq. Diss. Clar. 5. sent. §. fin. q. 31. vers. quæro nunquid,* quod tamen si fit, induciæ deliberatoriæ reo amplius non dantur, & litis pendentia inducitur, *Myns. d. obser. 85. num. 9.* An verò ad certam causam citatus, cogi poterit ut respondeat ad aliam, ad quam citatus non est? Negantium opinio præjudiciis Cameræ confirmata, *Geil. d. obs. 51. nu. 7.* verior videtur: tum ne tollatur utilitas expressionis causæ, quam de substantia citationis esse diximus: tum quòd denunciationi respondere debet actus denunciantis, *l. 5 pr. quod vi aut clam. & arg. l. 2. §. 3. ibi:* quoniam ob aliam causam venerit, *de judic. Jas. in l. 1. hic, num. 12. adde Bald. in l. si 4. C. de accus. num. 13. Wes. hic, num. 13. Masuer. pract. tit. 1. num. 11.*

Diss. Marant.d.tit.nu.13 & communius Dd.Geil.d.loc.Wurmbs.d.tit.9. observ.14. Vult. 2. jurispr.Rom.28.num.19. c) *arg.l.5.C.quom. & quand.jud.l.5.§.1. quod vi aut clam.Geil.1.observ.*52.nam si locus tutus non sit,non cogitur comparere.*Clem.2.§.notorium,de sent & re jud.c.4.ut lit.non contest.ibiq; Gothofr. Geil.d.observ.52. num 3* idem est, si locus sit inhonestus, *l 21.§.11. de rec.arb. Geil.d.loc. num*.10. Cæterùm ordinarius judex qui certum tribunal habet,non cogitur locum adjicere,*l.59.de jud.d.l.21. §.10.l.pen.de just.& jur.Geil.ibi num.12.Mar.d.t.num.64.Vant.de null.ex def.cit. num.63. Schrad.d.c.7.nu.39.* f) *arg.l.8.C.quom.& quand jud.Marant.d.t.num.63.Geil.1. obser.53.Diss.Eman.Soarez.in th.comm.opin.lit.C.num.68.Kirch.ibi verb.citatio.Soc.de citat.art.19.nu.17.vide Vant d.c.n.71.& seqq.* Hora tamen qua reus comparere debet ut adjiciatur necesse non est. *Marant.d.t.nu 69.Geil.d.obs.53. nu.4.* Terminus autem in Camera arbitrarius est,*Geil.d.obs.53.num.20.facit c.5.de appell.l.72.de jud.*nec dies assignationis in eo computandus venit, *l. 1. si quis caut.in jud.sist caus. fact.c.1.re rest. spol. in 6.c.1.de except.in 6.facit Novel.23.c.1.Jas.in d.l.1.num.20. Myns.5.observ.15.Vant.t.de def.ex nullit.jurisd. num.*160. vide quæ in simili eleganter tradit Dan.Moller.*lib.1. semestr. cap.* 7. & quæ pulchrè distinguendo notat Mindan.*lib.2. de proc. Cam. extrah. lib.* 2.*c.* 18. adde de impedimenti allegatione *ibid. c.* 19. de termini circumductione *ibid.c.*20.

IV.

Citatio autem quamvis legitimè concepta expediri nequit, nisi accedat commissio judicis *a*, quæ fieri debet nuncio *b*, ut executionem citationis faciat *c*: de qua executione requiritur executoris relatio *d*, quæ ita facta refertur sive registratur ad acta *e*.

a) *arg.l.5.pr. & §.1.ibiq; Bart. quod vi aut clam. Bart.in l.35.de adult.Schrad.d. c.7.num.*40. eaq; semper antecedere debet sive verbalis sive realis citatio sit. *l.fin. C. de exhib.reis.Geil.d.obs.48.num.12.& obs.54.num.1.& 2.Socin.de cit.art.11.nu.2.Diss.Clar. 5.sent.§.fin.q.31.vers.unum autem. Marant. d.t. num.*52. eamq; sententiam jure Saxon. probari, adeoq; in terris,in quibus id jus viget, consuetudine observari ait Zobel. *p.1.diff.5 per text.*Landrecht *lib.3.art.*65. Commissio autem, cùm facti sit, non præsumitur facta nisi probetur,*arg.c.31.de off.deleg.l.1. & 2.C.de mand.Princ. Geil.d.obs.54.n.3. & seqq. Myns.6.obs.10.num.4.Vant.d.tit.nu.40.& seq.Jas.in l.1.hic,nu.31.Diss.Socin.d.tit. art.12.num.1.& seqq.* b) in Camera aut per nuncios juratos, aut per notarios in matriculam, ut vocant,sive album Cameræ receptos. (non autem recipiuntur sine prævio examine, adeoq; de eorum peritia, ubi recepti sunt, præsumitur.) *vide Ord.Cam.p.1.tit.38.& seq.*& singularem tractatum sive examen notariorum immatriculandorum Friderici Ortlepii, *per tot.* Ejusmodi autem nunciis juratis & notariis immatriculatis propter juramentum creditur,cùm aliàs citatio parti tradita non præsumatur, nisi probetur, *Bald. in tit. de pac. juram. firm.§.ad hæc, vers. qua dixi.* c) illi ipsi qui vocatur, non alii: ideoq; citatio mariti per nuncium facta uxori non valet, neq; emanente ad terminum marito procedi in contumaciam ejus potest.*Myns.3.obs.37.*nuncius autem ita per imperitiam in executione peccans, eam suis sumtibus de novo facere in Camera compellitur. *Ord. Cam. d.tit.* 39. *§.* wir wöllen auch. *Geil.d.obs.54.n.8.* Sed quid si citandus conveniri nequeat? tum citatio ad domum ipsius facienda est.*Socin.d.t.art.17.num.22.Marant.d.tit. nu.124.& seqq.Vant. d.tit.nu.90.Cost.in l.pleriq; hic. vide Sichard.in l.7.num.3.C.de restit.in integr.Diss.Clar.d. quæst.*

quæst.31.vers.dictum est.Soar.in lit.C.num.65. aut eò loci publicè affigenda, unde notitiam citationis citatus facillimè habere possit, *c.3.de dol. & contum.l.4.§.6.de dam. infect.l.1.§.1.& 2.de agn.& alend.lib. Geil.1.obs.55.num.3.& obs.57. Myns.2.observ.69.* Sed quid si ex probabili causa abfuerit? eo casu procuratorem ipsius citandum esse tradunt Dd. *Myns.1.obs.9. Vant. d.t.nu.84. Kirchov.in comm.opin.verb.citatio.Socin.d.art.5. nu.4 facit l.2.de alim & cibar.leg.* Quod si procurator litem contestatus sit, dominus citari nequit ad reliqua peragenda sine procuratore, *l.22. C.de proc.c.2. de proc. in 6. l. 17.eod.Socin.d.tit.art.5.n.4. Diff Vant.d tit.n.85.* An verò citatio à procuratore incipere possit, *vide Socin.d.art.n.5.* Postremò hanc citationis executionem die festo, divinæ majestati dedicato, quamvis ad diem non-festum fiat, non posse fieri, de jure putamus verissimum, *l. fin.C.de fer.c.1.& ult.eod.c 11.de probat.c.8 de major.& obed.juncto d.c.ult.Soar.d.lit.C.n 64.Socin.d.t.art.19 nu.3. Diff.Geil.d.obs.53.n.5. Vant.d.tit.nu.46. Schwartzenth.d.lib.1.Act.1. c.6.* d) ut referat, quòd demandatam sibi citationem hoc vel illo tempore insinuaverit; & quid vocatus responderit, vel aliâs circa executionem actum sit. *Geil d.observ.54. Mynsing. observ. 177. 78. 79. & 5. observ.51. Schrad.d.c.7.num.42. & seq.* cui relationi propter fidem personæ semel approbatam creditur, *Myns. 6. observ.10.num.7.* e) *Myns. ibid. num.5. Vult. d. c.28. Socin. d.tit.art.13.*

V.

Omnis autem judex sive ordinarius sive delegatus *a* committere citationem, & quidem ad petitionem partis *b* debet. Extra territorium autem citanti impunè non paretur *c.*

a) *c.1 de caus.poss.Marant.d.t.nu.3. & 4. Clem.pastoralis, de sent.& re jud.* Wes. *par.hic,nu.13.& par.C.eod. num.7.* Sed in delegato judice hoc est amplius, quòd is tenorem suæ jurisdictionis inserere citationi tenetur, *Geil.d observ.48.num.17.& 20. Marant.p. 4. dist. 5. num. 60. arg. cap.31. de offic. deleg. c. 2. de dilat. l. 1. C. de mand. Princ.* ipsum autem authenticum sive (ut nunc loquuntur) originale exhibere non tenetur, sed sufficit copiæ transmissio, *Fr.Bursat.3.cons.368. num.5.* nisi reus comparens id ab ipso postulaverit, *Myns.3.obs.1.* Sine citatione porrò nec ille judicare poterit, qui facultatem procedendi ex arbitrio habet, *l.1. §. 6.si cui plus quàm per l. Falc. Clem.ult. de V.S. Menoch. 1.arb.jud.cent.1.quæst.17.* hunc cum Dd. arbitratorem vocamus, *vide inf.disp.12. th.4. lit. F. & seq.* Sed tamen Coras.4.*misc.*18. hunc ad contractus tantùm & actus extrajudiciales adhiberi, adeoq; unum esse, non duo genera arbitrorum contendit: cujus sententia etsi valdè nova est, videtur tamen non mala probari *per l.24.pr.locat.l.43.de V.O.l.75 pro soc.& similibus,* ubi arbitratu fieri dicitur, quod aliâs in casibus judicialibus dicitur fieri arbitrio: sed id discrimen perpetuum non est, ut apparet *ex l.6 pro soc.* Adjuvat etiam id Corasii sententiam, quod *l.76.in fin.junct. l. 77. pro soc.* speciem facti ponit ejus, qui arbitratu aliquid facit in casu extrajudiciali, *vide tamen l.13.§.2.de recept arb.& Duar.ad eund.tit.* b) *l. 68.de judic.l.ult. C.de accus.Geil.d.observ.50.num.4 Vant.de null.ex defect.cit.num.32. Schrad. tr.feud.p.9. c.7.num.34.P.Frid.Mindan.lib.1.de proc.Cam.extrah.c.1.num.2.* nisi tamen causa publicam concernat utilitatem, *Geil. ibid.nu.8.Socin.d.tit.art. 6.nu.2.& 7.Robert.4.sent.12. Mindan.d.c.1.num.3.* ubi plures limitationes addit. Quid autem, si is qui citationem impetravit, postea in termino ipse non compareat? terminus pro circumducto habetur, & instantia perit, adeoq; nova citatione opus est, *l.73. §.1. & 2. de judic. arg. l.*

40. *de*

40 *de rec. arb. ubi Bart. l. 13. § siquidem, ubi Dd. C. de judic. Schrad tr. feud p. 9. c. 7. num. 56.* adeò, ut nec induciæ deliberatoriæ actori concedantur. *König in process. cap. 7. num 2.*
c) *l. ult. de jurisd.* ubi omnium plenissimè id explicat & limitat Hipp. de Marsil. & Bald. *in l. omnes. § si verò, C. de Episc. & Cler. adde l. 53. § fin. de re jud.* In dubio tamen comparere, & incompetentiam allegare tenetur, *l. 2. si quis in jus voc. l. 5. de jud. Geil. d. obs. 48. num. 8. Mynf. 6. obs. 7. num. 7. Diff. Duar. c. 6. hoc tit. P. Fab. in l. 16. de R. I.* qui putant semper debere venire: qui autem subditus non est, per nuncium aut literas ad judicem territorii illius datas in subsidium juris, quod vocant practici, citari, vel edicto evocari potest, *Geil. 1. obs. 56.* Quod si quis ad unum terminum à superiore & inferiore judice citatus fuerit, superiori se sistere debet, dummodo is immediatè in citatum jurisdictionem habeat: sin autem mediatè, ita ut superior non nisi via appellationis adiri possit, inferiori se sistet rectiùs. *Mynf. 6. observ. 8. Socin. d. tit. art. 31. num. 7.*

VI.

Cæterùm citari debent omnes quorum principaliter interest, quorumq; causa agitur *a*: in quibusdam tamen veniæ singularis impetratione opus est, quales sunt magistratus qui Imperium habent, & coërcere aliquem possunt *b*: quod & de parentibus, patronis, &c. traditum est *c*.

a) *l. 47. de re judic. l. 39. de adopt. VVes par. hic, num. 13. & par. C. eod. num. 8.* unde regula Dd. quando causa certam concernit personam, quæ ex eo actu lædi posset, tum ea nominatim est citanda, *Bart. in l. si diu. l. si servus, de bon. aut. judic. possid.* Unde sententia contra absentem non citatum lata est ipso jure nulla, *Bald. in l. cum fratrum, C. de his quib. ut indign. § fin. Inst. de pœn. temer. litig.* etiamsi in favorem absentis non citati lata esset, *l. furioso, ubi Jas. post Alex.* dicit hoc communiter teneri, *de judic. Alex. 6 cons. 114. Lud. Roman. sing. 190. Imol. in c. cum dilectus, de arbitr.* An autem is, qui in judicio præsens reperitur, adhuc citandus erit? Indistinctè negant Dd. relati à Jas. *in l. 1. hic. num. 1.* alii distinguunt, ut comparere quidem etiam non citatus, sed actionem propositam suscipere non teneatur, nisi velit. *Castr. Fulgos. & alii in d. l. 1.* idq; & de jure Saxon. obtinet *Landrecht lib. 2. artic. 2. Sachs. diff. 38. Reinh. p. 4. diff. 25. König in process. c. 25 circa fin.* idq; etiam de jure civili verius existimo, *per l. 29. § fin. de minor. vide Mynf. 6. observ. 6. num. 3 & 6. observ. 16. num. 2. Geil. 1. observ. 48. nu. 4. & obs. 51. num. 7. & observ. 109. nu. 3. Socin. d. art 5. nu. 21. VVes. par. hic, nu. 1. Schrad. d. p. 9. c. 7. nu 49.* sed nec absentes citari opus est, qui ne præsentes quidem actum impedire possent, *l. 2. § 3. de fideic. libert. l. 26. de R. I.* ubi pulchrè Hieron. Franc. *num. 4.* eam regulam non in alienatione solùm, sed in quocunq; negocio locum habere tradit. *Geil. 1. obser. 22. nu. 3. & 1. de pac. publ. 5. nu 12. & 13. & de pignorat. obs. 13. nu. 4. & de arrest. obs. 3. nu. 16. Marant. d. tit. nu. 16.* vel si comparerent, nihil allegare possent, *arg. c. relatum, 5. q. 2. ibi: nisi de his, &c. Socin. d. tit. art. 7. num. 66. vers secundus casus. Vult. d. c. 28.* Plures casus quibus citatio non requiritur, vide apud Mynf. *2. obs. 91. Lancelot. de offic. Prætor. cap. de citatione, num. 5 & seq. & omnium latissimè Jo. Bapt. Asin. in praxi Florent. § de citation. 7. cap. 5.* ubi 145. casus enumerat, inter quos tamen multi sunt apud Dd. controversi.
b) *l. 2. hic, l. 48. de jud.* quod tamen de magistratibus majoribus accipiendum putat *Pac. 1. cent. concil. leg. q. 29.* siquidem minores durante etiam officio vocari possunt, *l. 32. de injur.* Majores quoq; pro delictis in officio commissis vocari posse certum est, *l. 4. C. ad l. Jul. repet. Nov. 86. c. 4. Jas. in d. l. 2. num. 6.* ubi & plures similes casus notat.

notat. *adde Socin. d. art. 5. n. 24. & seqq.* c) *l. 4. 6. 7. 8. l. 10. §. 5. 7. 8. 11. & c. hic.* Quod de jure veteri dubium non habet in omnibus, quibus debetur reverentia, *l. 13. eod.* sed an hodie idem obtineat? quæritur. Puto illud hodie non amplius privilegii singularis loco, sed commune omnibus esse, ita ut neminem sine permissu judicis in jus vocare liceat: (cessante veteri illa ratione, juxta quam illud regulariter sine venia etiam vi poterat fieri, *ut dixi th. 1.*) *Ord. Cam. p. 1. tit. 22.* adeoq; si singulare quid hæ personæ haberent hoc in casu, duplici veniæ impetratione hodie opus esset, una ex jure communi, altera ex privilegio illo singulari, *vide Cuj. 10 obs. 10. Don. in comm. c. de obl. civil. & nat. Vult. d. c. 1.* Frustraneæ itaq; videntur Dd. disceptationes: Utrum vasallus dominum sine venia in jus vocare possit? quod magis communiter affirmant Dd. *teste Rosenth. tr. de feud. c. 10. §. 33. Vult. tr. eod. lib. 1. c. 10. nu. 22.* (*Diss. Niell. disp. feud. 10. th. 4 lit. B.*) Utrum discipulus præceptorem? quod indistinctè affirmat Duar. *c. 4. hic.* indistinctè contra negat Menoch. *2. arb. jud. quæst. ult. Alc. in l. 1. num. 8. C. hic. Niell. disp. feud. 11. in fin.* Rectius Dd. communiter distinguunt, ut affirmativa opinio in verbali, negativa in reali citatione procedat, *vide Jas. in l. 13. hic, nu. 8. Sneid. in § pœnales, nu. 47. Instit. de act.* Utrum privignus novercam? *vide l. 4. §. 1. & LL. seqq. hic. Alc. in l. 1. n. 11. C. hic. Soar. in recept. sent. lit. N. nu. 65. Dd. in d. § pœnales, ubi Ang. n. 8. Fab. nu. 2. Plat. nu. 157. Zas. nu. 26. Schneid. nu. 45. Eberhard. in topic. legal. loc. à libert. ad vasall. nu. 15. Clar. § feudum, quæst. 25. Mynf. 4. obs. 92. Geil. tract. de pignorat. c. 25. nu. 6. Borch. tr. feud. c. 10. n. 38. Vult. d. c. 1. Wes. hic, n. 6.* ubi veniæ impetratione adhuc opus esse existimat; sed tamen fatetur plerosq; Dd. sentire contrarium.

VII.

Similiter citari nequit judex dum causam cognoscit, & qui apud eum causam agit, & similes *a*. Pupilli loco tutor *b* citabitur: verbali non reali citatione *c*. Citari possunt & ii qui in vinculis detinentur *d*.

a) *de quibus l. 2. hic.* ubi verba illa (qui equo publico in causa publica, &c.) commodè putamus accipi posse de nuncio vel alio quovis qui equo publico in causa publica vehitur. *Coras. 1. miscellan. 11.* Aliter *Ravard. 2. varior. 15. & Cujac. 13. obs. 29.* qui quasi ex notis hisce C. P. creato errore emendant, ut pro (in causa publica) legatur (in Capitolium:) quod Hot. *3. obs. 21.* displicet, qui locum hunc accipit de transvectione Romanorum equitum in censu sive lustro. b) *Jas. in d. l. 2. num. ult.* si modò tutorem habent: si enim non habent, dubium non est, ipsos pupillos, ut qui per ætatem legitimam personam standi in judicio non habent, citari cum effectu non posse, *per l. 22. hic, l. 45. § fin. l. 54 de re jud. l. 1. C. qui legit. pers. stand. in jud. Mynf. 2. obs. 35. Fr. de Cald. ad pr. l. 13. nu. 14. C. de in integr. restit.* (*Diss. Bart. in l. 1. §. sufficit, num. 2. de administr. tut. Jas. in d. l. 2. & alii, quos refert Tiraq. 1. de retract. §. 1. glos. 13. nu. 16.*) Quid igitur fiet, ne prætextu ætatis pupillaris justitia denegetur? alii cognatos pupilli citandos docent. *Mynf. d. obs. 35. Cravet. cons. 225. num. 1. Socin. d. art. 5. num. 43.* alii tutorem constituendum, qui pupilli nomine in jus vocetur; quæ sententia tutior est, *arg. l. 2. §. 3. qui pet. tut. l. 4. C. eod. l. 28. §. 2. C. de adm. tut. Fr. de Cald. d. loc. n. 15. Vant. de null. ex defect. mand. num. 144.* & ita moribus Saxon. etiam datur curator ad litem, ein Kriegerischer Vormünder. c) *l. 22. hic. Geil. d. obs. 48. num. 16.* Citatio porrò realis nec in muliere locum habet, *l. 1. auth. sed hodie, C. de off. div. jud. Jas. in l. 18. hic, num. 33.* sicut nec ex templo quis reali citatione extrahi potest, *l. 2. C. qui ad Eccles. c. 6. de immu. Eccles.* nisi publicus latro, *d. c. 6.* vel voluntarius homicida sit, *c. 1. de homicid.* Neq; realiter

liter citari potest miles qui in expeditione est, minor, clericus. *Geil. d. loc. nu. 16.* nec Doctores legum vel Professores Academiarum unà cum uxoribus & liberis, *l. 6. C. de profess. & med.* Poëtas autem *l. 3 C. eod.* & musicos *l. 4. C. de excus. mun.* hac prærogativa carere verius est: non quòd eam non mereantur, sed quia lex deficit, *Cuj. ad l. 6. §. Grammatici, de excus. tut. adde Scip. Gentil. 2. parerg.* 1. Vide de his casibus Socin. *d. art. 5. n. 39. & 42. item q. 19. & 20. n. 36 & seq. Vult. d. c. 28.* d) nec citatio eorum ipso jure nulla est. *Jas. in d. l. 2. n. 10. Diff. Socin. in d. art. 5. q. 25. n. 47. Bart. in l. 2. in fin. hic.* quod si contra eos procedatur, in integrum restituuntur, *l. 1. in fi. l. 9. 15. pr. ex quib. caus. maj. l. 2. C. eod.* si defendantur, restitutio cessat, *l. 23. eod.*

VIII.

Præterea in omnibus causis cognitionem requirentibus facienda est citatio *a*, quæ ad totam causam, nulla habita ratione longinquitatis vel propinquitatis sufficit *b*. Edictalis autem citatio fieri non debet, nisi aliis locus esse non possit *c*.

a) quia est principium & fundamentum judicii, *§. ult. Inst. de pœn. temer. lit. c. 1. de caus. poss.* eamq; adeò requirimus, ut ne quidẽ Princeps de plenitudine potestatis eam impedire possit; *l. ult. C. de LL. d. c. 1. Clem. pastoralis, de sent. & re jud. Wurmbs. d. lib. 1. tit. 22. obs. 13. Soar. in lit. C. n. 58. Diff. Socin. d. tit. art. 7. nu. 3. in fin. & nu. 51.* Si tamen causæ notoriæ sint, omitti eam posse verius est *c. 21. de jurejur. c. 8. de cohab. cler. c. manifesta 2. q. 1. c. 23. contra vers. porrò, de elect. l. 7. C. de accus. Myns. 6. obs. 6. nu. 7. Menoch. 1. arb. 17. nu. 15. vide Socin. d. tit. art. num. 7. Diff. Geil. d. obs. 48. nu. 2. observ. 77. in fin. Clar. d. §. fin. quæst. 9. vers. quæro.* Num quid omitti etiam potest, si periculum in mora sit, *Mar. d. l. n. 15. Myns. 2. obs. 91.* & an omitti possit in summariis, *vide Zan. tr. de exc. c. 2. n. 3.* Omitti autem citatio potest in iis quæ causæ cognitionem non requirunt, propterea quòd talis actus invito etiam adversario expediri potest, *arg. l. 6. ad SC. Trebell. l. 28. §. 1. & fin. de fid. li. Schrad. tract. feud. p. 10. sect. 9. num. 195. & seq.* quin & omitti potest in iis, quæ extrajudicialia sunt, & citationem judicialem præcedunt, *Schrad. d. sect. 9. num. 198.* b) quod & de jure videtur verius, *arg. c. ult. de dol. & cont. l. ult. C. de tem. in int. restit. Myns. 4. obs. 33. Geil. 1. obs. 51. nu. 10. & seqq. Kirch. d. loc. Diff. Mar. d. tit. n. 118. Vant. d. loc. n. 101. Jas. in l. 9. de off. Proconf. nu. 37. Socin. d. tit. art. 20. nu. 40.* In causis tamen purgationum & l. diffamari secus est, *Geil. Myns. dd. locis, idem Myns. 3. obs. 68.* c) ut si locus non sit tutus, persona vagabunda, &c. *c. 3. de dol. & cont. l. 4. §. 4. de damn. inf. Geil. 1. obs. 57. Socin. d. tit. art. 23.* eamq; solus ordinarius facere potest, *Geil. d. obs. 57. num. 14.* & fit plerumq; peremptoriè tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, *l. 53. §. 1. de re jud. l. 72. de jud. c. de illicita 24 quæst. 3.* Nam & aliàs in genere citatio una, cæteris paribus sufficit, si judex pro tribunali sedens decernat, *vide Mindan. lib. 2. de proc. Cam. extrah. c. 1. nu. 4. Geil. 1. obser. pract. 53 n. 22.* unde Principis citatio vim peremptorii semper habet, *ut tradit Jas. in l. 1. nu. 19. de constit. Princ.* idq; in contradictorio judicio usu observatum vidi. In Camera Imperiali citationum tempora arbitraria sunt, *Geil. 1. obs. 91. nu. 13. adde sup. th. 3. lit. F.* in curiis Saxonicis tres quaterdenæ assignantur reo ad audiendum & videndum, quo pacto adversus ipsam procedatur, & ad proponendum si quas se putet habere exceptiones: ad quem effectum copia libelli unà cum citatione transmittitur: idq; non tantùm in edictali, sed & in illa citatione, quæ ad domum rei mittitur, usus servat. *vide Landrecht lib. 3. art. 39. & gl. marginal. ad Landrecht lib. 2. art. 3. num. 5. Leipzigische / Wittenbergische / unnd Düringische Hoffgerichtsordnung / tit. von der Ladung.*

tabang. Fachs. diff. 39. & 43. *Reinh p.* 4. *diff.* 3. & *p.* 4. *diff.* 47. affixa esse debet, quamdiu judici visum erit. *Mar. d. t. n.* 96. *Menoch.* 2. *arb. jud. cent.* 5. *cas.* 463. *n.* 2.

IX.

Ad effectum citationis pertinet, quòd ea delegati jurisdictionem perpetuat *a*. Citantis verò magistratus jurisdictio variis actionibus defenditur: ex quibus prima popularis 500. aureorum inter actorem & fiscum dividendorum *b* pœnam persequens contra eum qui album Prętoris dolo malo corrupit *c*: altera in factum *d* adversus contumacem, qui, quod extremum in jurisdictione est, non fecit, ut damnetur in id de quo controversia est *e*. Tandem ne quid contra jus magistratus à se impetrari paterentur, placuit ipsos & heredes eodem jure uti, quod ipsi in alios statuissent dolo latáve culpa *f*.

a) *c.* 20. *c. fin. de off. deleg. l.* 7. *de judic. Zas. in l.* 5. *num.* 59. & *seq. Jas. ibid. num.* 57. *de jurisd. Goth. ad l.* 9. *de V. O. Wes. par. hic, in fin. Diss. Ang. in l.* 1. *C. de jud.* & *alii quos refert Jas. d. loc.* b) *l.* 7. *pr. ibiq; Govea. de jurisd. Wes. par. eod. n.* 13. (*Diss. Acc. Bart.* & *vulgò Dd. cumq; iis Coras. ibid.*) nam & aliâs ita in plerisq; popularibus actionibus, ubi res ad certum aliquem hominem non pertinet, observatur, *l.* 25. §. *ult. ad Syllan. ubi Duar. Diss. ibid. Gothofr. Gœdd. in l.* 12. *pr. n.* 15. *de V. S.* c) vel per se, vel per alium, *d. l.* 7. §. *fin. l.* 1. § 2. *de eo per quem.* d) *Duar. ad tit. si quis jus dic.* & 1. *disput. anniverſ.* 57. *Diss. Gœdd. in d. l.* 12. ubi & hanc actionem facit popularem. Datur autem hæc actio quandoq; etiam reo in actorem, si is reo semel in judicium pertracto causam relinquat in pendenti: tum enim per processum in contumaciam ab instantia reus absolvitur. *vide auth. qui semel, C. quom. & quan jud. l. un.* §. 3. *si quis jus dic. non obt.* e) *d. l. un.* §. *fin.* etsi fortè non debuit, *Duar. d. loc. Cuj. par. eod. tit. Aliter Zas. ibi.* qui totam hanc pœnam fisco applicandam, Bart. & vulgò Dd. inter actorem & fiscum dividendam esse docent. Contumacia quid sit, *vide Schwartzenth. d. lib.* 1. *art.* 2. *c.* 1. & *P. Frid. Mindan. d. lib.* 2. *c.* 17. quibus modis quis in contumacia constituatur, vide Schwartzenth. *d. art.* 2. *c.* 2. & de speciebus contumaciæ, *ibid. c.* 3. & de processu contra contumacem, *ibid. c.* 4. Quomodo in casu contumaciæ petatur pœnæ declaratio, item expensarum refusio, *Mindan. d. lib.* 1. *c.* 24. Quid? si condemnatus & bannitus postea compareat, an absolutione opus habebit? *vide Mindan. d. lib.* 2. *c.* 25. Illud certum est, citationem etiam jure communiter fieri debere absenti, ut is in contumaciam damnari possit, *d. auth. qui semel. C. quan. & quom. jud.* solvet tamẽ expensas primæ & secundæ citationis, qui non nisi ad tertiam comparet, *Dd. in l. sancimus, C. de jud. Cova. pract. q.* 27. *nu.* 2. *vers. idem erit, Tessaur. decis. Pedemont.* 11. Sed tamen Princeps ad unam etiam citationẽ poterit damnare absentem, *per notata th praeced. lit. C.* nisi contumaciam celeriter & magnis rationibus purget. Jure Sax. proceditur in contumaciam mit erfischung deß ersten/andern vñ dritten Gerichts biß auff Ehhafften/h e. ut prima, secunda, & tertia vice videatur judiciũ evictum, nisi reus contumax impedimentũ legitimum deducat, cur non comparuerit: *Zob.* 1. *diff* 12. 13. & 15. postea bannum sequitur etiam in causis civilibus, *Zob. in addit. ad Landr.* 1. *art.* 45. quod usu observari testatur Dan. Mol. 2. *semestr.* 24. *adde Zobel.* 1. *diff.* 14. & quæ sint de jure Sax. justæ causæ absentiæ, vulgò Ehhafften/*vide Zob.* 1. *dif.* 17. Quin & ex lege Imperii in Camera cõtumaces in causis civilibus banno subjiciuntur, donec sententię aut mandato Camerę pareant, idq; ob

contemptam jurisdictionem Cæsaris, Reichs Abschied 1548. *tit.* 1. Cammergerichtsordnung *p.* 2. *tit.* 9. *Geil. lib.* 2. *de pac pub. c.* 4. *&* *c.* 5. *n.* 2. *&* *tr. de arrest. Imper. c.* 10. *nu.* 18. *Myns.* 5. *obs.* 58. *n.* 8. *adde methodicè Vigel.* 1. *meth. obs. Cam. c.* 4. *tit.* 5. *de pœna banni Imperialis & de absolutione d. lib.* 1. *c.* 6. *reg.* 14. *& seqq. multis*, & de effectu banni quoad exceptionem, *lib.* 2. *c.* 6. *reg.* 20. Practica liberandi se à banno etiam criminali in territorio Saxoniæ traditur à Moller. *d. c.* 24. *vide l.* 1. *de in lit. jurand.* Quid si actor ipse sit contumax? Reus petit citationem cassari, & se ab instantia absolvi, cum refusione expensarum. Landrecht *lib.* 2. *art.* 8. *Coler. de proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 13. *&* 14. *& p.* 3. *c.* 9. *n.* 3. *& c.* 11. *pr. H. Pist.* 1. *q.* 3. *per totum.* f) *t. t. quod quisq; jur. Zas. in l.* 2. *eod. Diss. vulgò Dd.* qui etiam ex levi culpa huic edicto locum faciunt. Atq; hinc Dd. inferunt, eum qui in aliena causa malè consuluit, in propria causa eo consilio stare cogi, *Zas. in l.* 1. *pr. & ib. Jas. n.* 10. *d. tit.*

X.

Sequitur *de edendo* libello, quem actor in termino citationis offert *a*: estq; scriptura actoris intentionem continens: alius articulatus, alius simplex *b*: & concipitur in modum vel syllogismi pleni *c*, vel enthymematis *d*.

a) si processus per libellum supplicem petiti sint: sin ad effectum impetrandæ citationis oblatus ante sit, tum in termino isto reproducitur, ejusdemq; tenor citato sive procuratori ejus datur. *Vult.* 2. *jurispr.* 29. si absens sit, contumacia accusatur. *Spec. tit. de lib. concept. §. restat* 10. *num.* 1. Quid libellus sit, *adde Schwartzenth. act.* 3. *c.* 1. quæ species, *ibid. c.* 2. quæ requisita, *ibid. c.* 3. quæ concipiendi forma, *ibid. c.* 4. qui effectus, *ibid. c.* 5. b) ille concipitur certis articulis: hic serie continua. *Vult. d. c.* 29. & posteriorem modum solum probavit Elector Saxoniæ in suarum terrarum constitutionibus *par.* 1. *tit.* 2. *incip.* Damit der Proceß. adeò, ut libellus articulatus, etiamsi pars rea nihil opposuerit, debeat officio judicis rejici: contrà in Camera Imperiali articulato libello tantùm locus est, de quo tenendum, quia per responsionem ad positiones non inducitur litis contestatio. *c.* 1. *de lite contest.* ideò articulis petitionem conclusivam semper subjici debere, super quæ si lis contestata sit, reus ad respondendum articulis urgeri possit, *Geil.* 1. *observ.* 73. *num.* 8. Jure Saxon. autem, quia libellus simplex admittitur, ideò per responsionem ad eundem litis contestatio facta intelligitur, modò id fiat ad singula libelli puncta in specie: quod omninò fieri, vel in detrectantem tanquam contumacem pronunciari debere constituit Nov. El. Aug. *p.* 1. *c.* 10. *ubi vide Dan. Moller. in comment.* c) & tum post exordium, in quo nomen judicis, actoris & rei continetur, ponitur propositio quæ causam petendi, deinde assumtio, quæ facti narrationem habet: sequitur conclusio cum inserta petitione. Olim judicis proprium nomen exprimi oportebat, non etiam Prætoris, quia is certus erat, *l.* 80. *de judic.* ita hodie sufficit officium dignitatis vel jurisdictionis designare. Imò & actoris nomen omitti potest, si ipse per se agat, *Bald. in l.* 3. *C. hic.* non etiam si agat per procuratorem. Causam verò remotam in actione personali exprimere sufficit: in reali opus est & proximam exprimi. *Donell. in d. l.* 3. *num.* 8. *Jas. in l.* 1. *hic. Socin. de libell. obl. c.* 3. *num.* 48. *& seq. Geil.* 1. *obser.* 61. *num.* 5. *& seqq. vide Goth. in l.* 2. *C. si ex plur. tut.* Actionis quoq; nomen jure civili exprimendum est, *l. ult. C. de interd. l.* 1. *hic, l.* 33. *de judic. Donell. d. loc. num.* 6. 10. *&* 11. *Jas. in d. l.* 1. *num.* 44. *Duar. ad tit. si cert. pet. c.* 6. *Dissent. Vacun.* 6. *declar.* 88. *Obrecht. disp. de form. lib. & act. th.* 157. *& seq.* non etiam jure Canonico, *c.* 6. *de judic. c. ult. de lib. obl. Geil. d. obser.* 61. *pr.* quo libel-

libellus non vitiatur, si inepta actio nominetur. *argu.l.un.pr.C.de rei uxor.act.l.94.de R,I.Socin.d.c.3.n.61.Diss.Ias.in l.1.hic.n.45.& seq.* d) in cujus principio & conclusione eadem sunt, quæ supra: hoc peculiare quòd post exordium facti narratio ponitur, & huic demum causa petendi subjungitur.

XI.

Clarus autem & certus, non obscurus debet esse libellus *a*, nec alternativè conceptus *b*: quod si evidenter ineptus fuerit, judicium & sententia ipso jure nulla est *c*, quæ ineptitudo ex conclusione potissimùm animadvertitur *d*.

a) *Geil.1.obs.62.n.2.& obs.66.n.6.auth.offeratur.C.de lit.contest.l.fin. C.de annal. except.* summa autem libelli virtus apta petitio est, *Geil.1.obs.61.n.31.*ex qua adeò sustinetur, ut & pro parte valeat, *Geil.1.obs.66.nu.*10. sed & verba impropriè accipi solent, ut sustineatur, *Mynsf.4.obs.5.Henning. Gœden.cons.43.incip.pro solutione.* Si tamen contra illum de obscuritate nihil opponatur, procedit, modò ex actis possit declarari, *Geil.d.obs.62.n.1.& d.obs.66.n.6. & 1.pac.publ.*11.*n.*13. *Vant.tit.de null.ex def.proc.nu.26.Marant.p.6.tit.de lib.obl.n.22.Ias.in l.1.n.1. & 5.hic, Socin.d.c.3.n.31.59.& 71.* quod in criminalibus aliter se habet, *Geil.d.obs.62.n.13.Vant.d.tit.n.26.facit l.3.de accus.* Incertus admittitur tum, si ex parte actoris justa fuerit ignorantia, *Cost.in l.1.hic.* Generalis admittitur in petitione hereditatis, *l.4.43.de pet.her.Geil.1.obs.68.Don.in l.3.C.hic.nu.7.Ias.in d.l.1.n.29.*& in dote, *Cost.in d.l.1.Ias.ibid.n.8.Diss.Bald.& Salic.in l.fin.C.de sent.sine cert.quant.* b) *c.fin.de rescript.l.7.§.si.de injur.l. 76.§.1.de R.V.l.13 pr.de inst.act.*nisi in actione hypòthecaria, *l.16.§.3.de pig.ubi Bart.n.4.Geil.d. obs.62.n.8.& 9.* & in materia, *l.2.C.de resc.vend.Geil.ibi n.10.Mynf.1.obs.53.adde eund.2.obs.42.& 4.obs.11.Wurmbs.1 pract.obs.tit.9.obs.1.Socin.d.c.5.n.74.& seqq. adde Th.Grammat.decis.68.nu.1.2.*omissio loci, temporis, diei, an vitiat libellum accusationis? *vide infrà p.2.disp.31.th.3.lit.B.* c) *c.3. de emt. Geil.1. obs.66.n.1. Vant. d.tit.n.22. & seq.* d) *Socin.d.c.3.n.61. Geil.d.obs.61.nu.15. Vult.d.c.29.* Attendenda in primis libelli conclusio, unde si actoris jus intelligatur, sustineri potest, *Geil.ibid.n.13.Vult.d.c.29.* conclusionem tamen in criminalis actionis libello non esse necessariam ait Geil. *d.obs.61.nu.18.Ias.in d.l.1.n.23.Socin.d.c.3.n.64. Mynf.4.obs.81.Wes.par.hic.n.3.* sed locus & tempus perpetrati criminis omissa eum ipso jure nullum faciunt, Mynsing, 2.*obser.*32.*Geil.1.obs.64.n.9. Marant. d.t.n.12. Wurmbs.d.tit.9.obs.1.* adjiciendus est & dies, si id accusatus petat, *Geil.d.obs.64.n.11.Clar.d.§ fi.q.12.vers.dixi.Dissent.Maran.d.loc.num.14.Mynsing.2.obser.40.*

XII.

Et offertur libellus primùm quidem judici *a*, deinde & parti adversæ *b*: & quidem in omnibus causis ex quibus judicium instituitur: exceptis causis summariis & exceptionibus à reo propositis *c*, & quibusdam aliis *d*.

a) *d.auth. offeratur, Spec.in §.restat.& §.nunc videamus in fin.de li.obl.arg.c.1.eod.* cujus officium super petitione imploratur, *Wesenb.par. hic.nu.*5. b) *d.auth.l.1.hic.* quæ si pluribus locis bona possideat, in loco domicilii: si eo destituatur, ubi maximam bonorum partem habet, exhibere debet, *l.5.§.fin.de judic. & ibi Costal.Menoch.4.remed.adipisc.n.480.& seqq.& 2.arb.jud.cent.1.cas.86.* c) *Clem.sæpè.de V.S.*

V.S. Spec. d. loc. n 17. Zang tr. de exc. c. 2. n. 4. d) ut in causis modicis, brevibus, rudium viliumq; personarum, *Nov. 17. c. 3.* & cùm episcopus inter subditos cognoscit, *Nov. 83. pr.* inter religiosos de rebus religionis, *c. ult. de stat. monac.* in causa matrimonii, *Spec. § 9. n 9. de lib. concept.* in accusatione apostatæ, *l. 4. C. de apost.* in postulando tutore suspecto, *§. consequens, Inst. de susp. tut.* in notoriis criminibus, *l. ea quidem, C. de accus. falsæ monetæ, l. 1. C. de fals. mon. vide Oldend. de form. lib.*

XIII.

Clausulæ item in libellis aliæ post exordium *a*, aliæ post facti narrationem *b*, aliæ post conclusionem *c* apponi solent: de quarum usu latius tractant Dd. Libellum autem usq; ad sententiam definitivam in eodem judicio corrigi ac mutari posse verius puto *d*.

a) ut hæc: non astringens se superfluæ probationi, &c. de qua pract. Ferrar. *in form. lib. act. real. verb. non adstringens.* b) ut hæc: se hactenus amicè reum de solutione compellasse: sed præter spem, &c. quæ aliis urbanitatis, aliis necessitatis est. c) ut hæc: peto reum condemnari, & legitimis remediis compelli, &c. qua non videtur opus esse, cùm petitio condemnationis executionem contineat, *Ias. in §. 1. Inst de act. n. 139. Dissent. Bar. in l. 1. C. de exc. rei jud.* Sicut nec illa: cum pertinentiis suis, &c. cùm restituendi vox omne id contineat, *l. 35. 75. 22. 12. de V.S.* Nec illa: salvo jure addendi, &c. cùm nihil præter jus commune operetur, *§. 34. Inst. de act. & ibi Donell. & Wes. item Donell. in d. l. 3. n. 17. & 18. Vacun. 6. declar. 89. num. 4. Diss. Geil. 1. obser. 51. n. 9. & obs. 74. n. 4. & seq. Wurmbs. d. lib. 1. tit. 9. obs. 3 Soc. d. c. 3. n. 123* d) *§. 34. Inst. de act. Myns. resp. 57. n. 7. 8. & resp. 100. n. 13. Wes. Don. Mud. in d. §. 34 arg. l. 3. C. de edend. l. 8. §. fin. de vi & vi arm. l. 4. § fin. de noxal. act.* modò sarciantur reo damna quæ ob temerariam petitionem præcedentem fecit, *l. 79. de judic. Donell. in l. 3. C. de edend. n. 14. 15. 16.* Dico, eodem judicio, ut separem jus vetus à jure novo, *§ si minus, Inst. de act. d. l. 3.* nam ante constitutionem Zenonis novo judicio opus erat, si libellus post litis contestationem mutaretur. quod satis probari videtur *ex §. pen. Inst. de except.* ubi constitutione Zenonianæ summam Justinianus proponit: & colligitur *ex d. §. 34. Inst. de act. verb. eodem judicio:* quod si ante Zenonem etiam fuisset, inutiliter constituisset, *Baro in d. §. 34. num. 6. (Dissent. Donell. in d. l. 3. n. 17.)* Si tamen desideret reus, etiam jure novo à priore actione absolvi debet, ne iterum de eadem re conveniatur, *Don. in d. l. 3. n. 20. & seq.* Deducitur enim res in judicium per litis contestationem, *l. un. C. de lit. contest.* de re in judicium deducta jubetur judex cognoscere, *l. judices. C. de jud.* & de re cognita judicare, *l. de qua re, eod.* Diss. vulgò Dd. qui emendationem quidem libelli ad sententiam usq; definitivam permittunt: mutationem verò tantùm usque ad litis contestationem. *Bart. Alex. Alci. Bologn. in d. l. 3. Ferrar. pract. in form. lib. act. real. verb. salvo jure addendi. Wes. consl. 18. n. 3. & 5. Geil. 1. obs. 51. n. 9. & obs. 74. num. 4. & seqq. Menoch. 2 arb. jud. q. 167. Socin. reg. 236. Alc. in d. l. 3. n. 61. & seqq. Bologn. ibid. nu. 61. & seq. Schenck. 2 progymn. for. 2. nu. 12. Sneid. in d. § 34. Inst. de act. nu. 12. Vult. 2. jurisp. Rom. 20.* De jure Saxon. aliter huic dubio provisum est per guarendam, quam reus præstat actu corporali, in dem kläger mit handgeben die gewehr der klagen angeloben muß/ Landr. *lib. 2. art. 15. & lib. 3 art. 14 & libr. 1. art. 63.* Weichbild *art. 40. & 115. Nov. Elect. Aug. p. 1. constit. 4.* cujus rei effectus duplex est, ut habeat vim evictionis, unde etiam die gewehr der klage nuncupatur, & ut post guarendam præstitam mutare libellum actor non possit, Landr. *d. lib. 3. artic. 14.* König. *in process. c. 48. Zobel. 1. diff. 11. Fachs. diff. 12.* Weichbild *artic. 40. circa fin. ibi.*

ibi. Wer vmb gerichte. *Coler.p.4.de process.execut.c.ult.n.12.Beust.ad rub.de jurejur.n.*80. Imò etiam hodie cum omissa præstatione guarendæ lis purè contestata est, mutatio libelli aut delatio juramenti (die klag in das gewissen zu schieben) actori non permittitur. *Novel.Elect.p.1.c.11.* Pertinet autem hæc guarendæ præstatio ad cautionem, quam actor etiam de jure communi præstare cogitur, se in lite ad finem usque perseveraturum: ideoque in usu practico ferè ab initio inter dilatorias, cum petitione cautionis super expensis, & reconventione conjungitur, *vide disp.seq.th.3.lit. G.* Fit autem hæc præstatio guarendæ judici, tam præsente quàm absente adversario, etiam ipso non specialiter citato, manu stipulata, vel ad baculum judicis, & in criminalibus causis ad evaginatum gladium, quem judex præ se fert, Landrecht *lib.2.artic.15.Novel. Elect.Aug.p.1.c.4.* König *in process.c.8.* nec fidejussore ad hoc opus est, *gl.in d.art.15.* Si tamen & hoc jure libellum mutare velit, hodie non incidit in pœnas, *de quibus gloss.* Weichbild *art.15.Fachs.1.diff.42.* sed sicut de jure communi ita demum admittitur, so er die vorige klage fallen lassen / vnnd ein newe vorbringen will / jedoch daß er dem beklagten die vnkosten auff Richterliche mässigung zuvor erlege.

DISPUTATIO V.

De Satisdationibus, feriis & dilationibus.

Respondente Ludovico Lucano Marpurgensi.

Thesis I.

CAutionis verbum generale est *a*: hic pro actu judiciorum præparatorio sumitur, cùm adversarium de lite securum reddimus *b*, ne quid in judicio frustra vel irritum fieri metuatur *c*. Et respicit vel personas litigantes *d*, vel rem sive litem ipsam *e*.

a) *l.25.& ibi Pet.Fab.de R.I.l.188.§.1 de V.S.l.1.§.9. de col.bon.l.4.§.8 de fideicom. liber.l.1.in pr.§.1.§ pen.l.2.3 & 4.ut leg.* quos textus ad hoc bene allegat Bocer. *hic.th.1.*
b) quæ in locum veteris illius rigidi juris introducta est, ita ut litigantibus jam satis provisum sit, etsi non obtorto amplius collo, ut olim, citati parere nolentes in jus trahantur, *l.4.ibi: quo minus quis in jus duceretur, ad l.Iul.de vi privat.Mynsi.in pr.t. Inst.de satisd.Ias.& vulgò Dd in rub.D.eo.adde l.1.qui satisd.cog.l.sancimus 3. C.de V.S.* estque hæc necessaria cautio, hoc est, à lege vel magistratu imponitur, *l.7.§.1.qui satisd. cog.Wes.par.C.eod.* possunt tamen & ipsi litigantes adhuc extra judicium sibi mutuo cavere judicio sisti, quæ cautio voluntaria est, & à priore multum differt, *d.l.7.§.1. juncta l.seq.* quia in hac stipulatoris est diem assignare, *l.1.* in illa solius Prætoris, *d.l.8. pr.juncta l.1.si quis caut.in jud.sist.fact.* In d.verò *l.8.pr.* verba illa: si non conveniat: possunt dupliciter accipi, ut animadvertit Pac.1. *enant.76.in fi.* aut nihil convenit; aut convenit quidem, sed imperfectè, hoc est, ita, ut non potuerint consentire. Priori casu locus est dispositioni legis: posteriori casu obtinet voluntas actoris; ita tamen ut cohibeatur autoritate judicis. Dissentiunt *in d.l.8.pr.* communiter Dd. qui verba illa; si non conveniant; præpostetè in posteriori casu accipiunt de concepta jam stipulatione, sed sine diei adjectione: à quibus jam olim dissensit Irner. ut ex gloss.

ad di-

ad d.l.8. apparet, qui ea verba accipit de ipsa stipulatione concipienda, quam sententiam auctoritate Basil. confirmat Cuj. *22.obs.26.* ubi & illud rectissimè monet, sequentia eo in loco verba: moderato spacio de hoc à judice statuendo, emblema esse Triboniani, id quod sermo prima statim fronte satis prodit. Diss. & in eo vulgò Dd. quòd rationem hujus discriminis inter satisdationem voluntariam & necessariam non assecuti, putãt ideò *in d.l.8.pr.* in potestate stipulatoris esse diei assignationem, quia in litis præparatoriis actor reo sit favorabilior: *ut notat ibid. Goth. argu. l. 66. de judic.* contra quam regulam latè disputat Jas. *in l. exigendi 12. C. de procur. vide & Bal. in d.l.8.* & an judex moderari possit dilationes, occasione ejusdem l.8 disputatur inter Dd. de quo vide Felin. *in c personas. de appel. & dicitur inf. th.* 10. Quid si satisdatio per calumniam petatur, puta, si reus neget, actorem immobilia possidere, an tunc saltem satisdare debeat, donec de eo docuerit? Si de calumniâ non evidenter appareat, affirmo: *Matth. de Afflict. decis.* 109. si appareat calumnia, nego, *arg. l. si is à quo, pr. ut in poss. leg. nom. eat. Hipp. Mars. sing. 686. Felin. in c. ad audientiam, extr. de rescript. Dan. Moller. lib. 1. semestr. c. 2. ubi vide.* c) *arg. l. 75. de jud. l. ult. in fin. de itin. publ. Olden. class. 1. act. 6. Vult. 2. Jurisp. Rom.* 30. *n.* 18. Est autem hujus cautionis is effectus, ut qui ea non contentus in jus vocatum rapere perrexerit, injuriarum actione teneatur. *vide plenè Cujac. 7. obs. 16. & Vult. 1. discept. schol. 1. pag. (mihi) 22 & aliquot seqq.* d) ut cautio judicio sisti, & in rem ratam haberi, *Vult. d. c. 30. n. 71.* e) ut cautio judicatum solui, *Vult. d. loc. §. sunt autem, Inst. de satisdat.*

II.

Omnis porrò hæc cautio præstatur vel satisdando *a*, vel jurato cavendo *b*, vel nudè repromittendo *c*. Satisdatio fit fidejussoribus qui facultatibus & conveniendi facilitate sint idonei, & quidem tum, cùm is à quo exigitur bona immobilia non possidet *d*.

a) ita satisdatio cautionis est species, quæ aliis speciebus, nempe pignoribus datis opponitur, *d. l. 1. §. 9. de collat. bon. l. 4. §. 8. de fideic. li. d. l. 2. §. 1. & §. 3. ut legat. adde l. 21. §. fin. de constit. pec.* & à quo satisdationem Prætor exigit (semper intellige, nisi sit possessor immobilium, *l. 15. qui satisd. cog.*) is non pignora, sed fidejussorem dare tenetur, *facit l. 7. de Præt. stipul.* neque hæc lex abrogata censeri potest propterea, quòd hodie fidejussores non conveniuntur nisi excusso prius principali: etenim excussionis beneficium introduxit Novel. 4. jam verò confer posteriores constitutiones, nempe *Nov. 53. c. 2. & 3. §. 2. Novel. 112. c. 2.* ex quibus adhuc satisdatio non aliter nisi fidejussoribus fieri posse satis colligitur. *Diss. gl. & Dd. in d. l. 1. hic. & in d. l. 7. de Præt. stip. gl. & Io. Fab. in §. sin autem, Inst. de satisd. Wes. parat. hic, n. 7. in fin. vide Pac. 1. concil. leg. 67. Zang. de exc. p. 2. c. 19. nu. 9. & seqq.* nisi velimus dicere, moribus hanc tam scrupulosam satisdandi per fidejussores necessitatem esse sensim desuetam. idque ex eo confirmari videtur, quòd appellatione satisdationis nudam etiam cautionem venire, si persona sit nobilis, aut aliâs probatæ virtutis, honestæq; existimationis, magno numero concludunt Dd. *seq. lit. allegati.* b) quæ juratoria cautio, cui plerumq; illustres personæ propter dignitatem committuntur, *l. ult. C. de prin. ag. in reb. l. 12. l. pen. ubi Cuj. C. de dign. l. 12. pr. C. de prox. sacr. scrin. li. 12. Tiraq. de nobil. c. 20. n. 189. Schurff. 3. cons. 61. Zang. d. c. 19. n. 9. & seqq. Peck. de jure sistend. c. 45. n. 10. Vult. 2. jurispr. Roman. 30. nu. 22. 66.* quod tamen hodie non observari, sed viros etiam illustres ad fidejussionem de consuetudine cogi testatur Clar. *§. si q. 46. vers. scias autem, Val. Franc. tr. de fidejuss. cap. 3.*

a3 num. 162. & seq. Hodie igitur de juris necessitate juratoriæ cautioni non nisi ii relinquuntur, qui fidejussores dare non possunt, neque immobilia habent quæ oppignorent, quod & juramento probant *Nov. 112. c. 2. Nov. 134. c. 9. Bald. in auth. generaliter, n. 4. C. de episc. & cler. Ias. in l. 1. nu. 22. hic, Geil. 2. obs. 47. n. 8. Soar. in comm. opin. lit. F. nu. 160. Clar §. fin. q. 46. vers. sed quo modo, adde Ioseph. Ludov. decis. Perus. 63. n. 6. Capell. Tholos. q. 138. n. 2 Diaz. reg. 660.* Sunt tamen casus, quibus ne quidem concurrentibus superioribus requisitis ad juratoriam cautionem reus admittitur, ut si de fuga suspectus sit: tum enim ut verius cautum esse possit agenti, arresti nexu obstringitur, *l. penul. de pet. hered.* dummodò summariè de suspicionis veritate constet, *l. qui ita, §. 1. ad Trebel.* quæ suspicio in criminalibus ferè præsumitur, & propterea reus statim incarceratur, sive arresto reali detinetur, *facit l. 7. in fi. hic, l. litibus, C. de agric. & censit. lib. 11. & ibi Bart n. 8. Geil. 2. obs. 44. nu. 10. & lib sing. de arrest. Imp c. 3.* Wes. *par. hic, nu. 10.* sed id datis pignoribus aut fidejussoribus dissolvitur, *Geil. d. loc. per l. si fidejussor, §. fin. hic, ubi Ias. & vulgò Dd facit l. 5. C. de off. Præf. l. fin. C. de ord. cogn. l. litibus pr. C. de agric. & cens. lib. 11. Nov. El. Aug p. 1 c. 30. ibi:* so lang/biß sie gewisse versicherung gemacht. *Cyn. & Dd. in l. un. C. de prob. seq. pec. Schurff. 3 cons. 15. n. 15. Goden. cons. 106. n. 23. Peck. de jur. sist. c. 31. n. 2. Geyl. d. lib. de arrest. Imp. c. 4. n. 11.* Wes. *cons. 7. Coler. de proc. exec. p. 1. c. 2. n. 36. Panor. & Canonist. in c. 2. de sequest. & in c. 2. de dol. & contum. Hier. Grat. cons. 28. n. 20. Paris. 2. cons. 41. n. 48. & 3. cons. 107. n. 79. eleganter Coras. 3. miscell. 2. n. 19. & 20.* ubi tamen hoc limitat, si vitandi fortè scandali causa fiat arrestum *per c. ex transmisso, & c. literas, de restitut. spol.* aut ob aliam causam, quæ per satisdationem non cessaret, tum enim verius est, per satisdationem arrestum non dissolvi, item sequestrum non evitari. (Illud obiter notandum, malè arrestum & sequestrationem confundi, *vide inf. disput. 26. thes. 8. lit. D.*) Quis autem & quando de fuga suspectus censeri debeat, arbitrio judicis permittendum est, *Men. 2. arb. jud. cent. 1. cas. 87. Farinac. lib. 1. sent. criminal. c. 26. Toto verò genere à personali arresto aliud est arrestum reale consuetudinarium Saxonicum, de quo infrà p. 2. disput. 1. th. 4. in fin.*

c) cui committuntur immobilium possessores, *l. 1. §. 5. de prætor. stip. d. l. 15. hic, & ibi Bart. num. 6. Ias. nu 21. idem in l. 7. §. 1. num. 8. adde §. sed hodie, Inst. eod.* vide quædam huc pertinentia apud Cujac. *2. obs. 22. & in Nov. 53. & in not. ad d. §. sed hodie,* ubi & hos aliquando ad jurandum compelli, hoc est, promissionem illam quibusdam casibus non nudè sed juratò fieri docet.

d) *l. 1. & 2. hic, adde Agell. 10. noct. Attic. c. 5. Vult. d. loc.* Et quidem satisdationem si lex exigat, sive fiat mentio fidejussoris, sive non, dandus erit fidejussor *d. l. 1.* & per ea quę dixi *ad lit. A.* quod & Sylve. Aldobrand. aliquo modo animadvertit *in §. 1. Inst. de satisd. tut.* Diss. vulgò Dd. qui post gloss. *in d. l. 7. de Prat. stip.* distinguunt, an lex exigens satisdationem mentionem faciat vel non faciat fidejussoris, *Kirchov. in comm. opin. verb. satisdare.*

III.

Litigantes vel per se agunt *a*, vel per procuratorem *b*. Et actor quidem quocunque modo agat de jure Justinianeo *c* satisdare debet se intra duos menses à tempore libelli porrecti litem contestaturum *d*, deinde ad finem usq; judicii in lite permansurum *e*, & tandem si contingat ipsum succumbere, impensas soluturum *f*: quæ tamen hodierno more judiciorum parum observantur.

a) *Lancellot. tract. de off. Prætor. c. de satisd. nu. 1.* quod tamen hodie in supremis

plerisq; judiciis vix admittitur, *vide Ord. Cam. par. 1. tit. 19. & seq.* b) de qua generalis est regula: quòd nemo intelligatur litis alienæ idoneus defensor sine satisdatione, *l. 110. §. 1. l. 166. & ibi P. Fab. de R. I. l. 14. hic. l. un. C. eod. §. pen. Instit. eod. Vult. d. c. 30. num. 75.* c) nam ante Justinianum de jure civili aliter observatum fuisse ipse satis innuit, *§. 1. & 2. Inst. hic, vide Wes. par. C. eo. n. 5. cum ibi alleg.* ad quod accuratè intelligendum quadruplex adhibenda est distinctio: an actor sit vel reus is de cujus satisdatione sermo est: an per se stet in judicio, an per procuratorem: an suo vel alieno, puta tutorio, &c. nomine: realis an personalis intentata sit actio: de quibus vide subtiliter & enucleatè differentem Cujac. 10. *observ. 29 per totum.* d) *Novel. 96. c. 1. & ibi Cujac. auth. libellum, C. de lit. contest. gloss. in §. 1. verb. nullam, Inst. hic.* e) *d. §. sed hodie, Inst. hic. d. auth. libellum, adde auth. quod fieri, C. de dilat. Specul. §. de satisdat. in princ. Lancellot. d. c. 1. nu. 7. Wurms. pract. obs. tit. 10. de satisd. obs. 5. Hart. Hartm. ibid. lib. 1. tit. 5. obs. 3. Zang. d. p. 2. de except. c. 19. n. 3. & seqq.* De jure Saxon. huc referenda est guarendæ præstatio, daß der Kläger die gewehr der Klage angeloben muß: *de quo dixi in fi. disp. praeced:* simulq; de effectu illius cautionis: *de quo vide etiam Zang. d. p. 2. c. 19. num. 24. & seqq.* f) decimam nempe partem ejus quod libello continebatur, *auth. generaliter, ubi Bart. Bald. & reliqui Dd. C. de episc. & Cler. Nov. 112. c. 2. Paul. 2. sent. 1. & ibi Cujac. idem 7. obs. 5. d. auth. offeratur, C. de lit. contest. Lancellot. d. loc.* g) optima ratione ad lites abbreviandas introducta hæc & alia fuerunt à Justiniano, quæ postea usu vel potius abusu sublata rursus sunt. *Oldendorp. class. 1. act. 7. in fi. Schenck Baro in Tautenberg in vivid. conclus. tit. de satisd. quæ in jud. præst. nu. 4. Wes. C. ibid. num. 5.* licet Gothofr. *in d. auth. generaliter, C. de Episc. & Cler.* hæc jure sublata dicat, cùm egeni aliâs nunquam possent suum consequi satisdatione destituti. Id tamen de consuetudine obtinet, ut condemnatus, si causam litigandi probabilem non habuerit, non modò ad expensarum, sed & universalis damni refusionem teneatur: eumq; in finem clausulæ libellis adjiciuntur: cum refusione impensarum & damni: mit erstattung kostens vnnd schadens. *vide glos. in d. §. sed hodie, Lancellot. d. loc. Bocer. hic. thes. 6.* de quo damno hoc accipiendum sit, *vide p. 2. disp. 23. th. 2. lit. A in fin.* Ita & jure Saxon. nisi actor possideat immobilia, tenetur cavere de expensis & reconventione, er muß vorstand bestellen vor die expens/ vnnd zur widerklage/ Landr. *lib. 2. art. 4. & 9. l. sancimus, C. de V. S. l. si mandato, in fin. D. mand. König. proc. c. 46.* cùm enim illo jure reconventio ex eadem causa originem trahens institui à reo contra actorem non possit, nisi causa conventionis finita, Landr. *lib. 3. art. 12. in pr. König. in process. c. 60. n. 1. in fin. Wes. de compens. in fi. Zang. d. p. 2. c. 1. n. 136. & notavi infrà disp. 25. th. fi. Reinhart. 1. diff. 46.* ideò etiam reus ab actore in illum eventum hoc jure postulare solet ejusmodi cautionem: damit er wisse/ wann er sich auff den fall dem Kläger zuerkannter vnkosten vnd erhobener gegenklage hernach erholen solle. & hæc cautio eventualis cùm aliter præstari nequit, impletur depositione unius Wergeldi. ut usu sæpius observatum vidi. *adde König. in process. c. 46. Reinh. 1. diff. 40.* quod tam[illegible] in arbitrio judicis consistere verius crediderim. valor autem Wergeldi quantus sit, vide Fachs. *1. diff. 70. in fin. adde quæ dicuntur th. seq. in fin.* Quid si in illo territorio non sit possessionatus, ubi agit, sed tamen in alio sub eodem magistratu sive Principe? Relevabitur à cautione, *arg. l. si fidejussor. §. si necessaria, qui satisd. cog. ubi Bald. Fulg. Castr. Nov. El. August. p. 1. c. 5. Dan. Moller. 1. semestr. 2. Diff. Ias. ibid. in not. 2.* qui hoc incongruè extendit ad eum, qui etiam sub alio Principe, in vicina tamen provincia, immobilia possidet. Quid si spem tantùm possideat, ut simultaneè investitus? non relevabitur à cautione; quia quoad effectum nihil adhuc possidet, *arg. l. 15. §. 1. 2. & fin. hic.* & ita in

contra-

contradictorio judicio obtentum scio. In criminalibus hodie actor etiam fidejussorem idoneum dare, vel simul cum reo incarcerari jubetur, juratoriæ cautioni autem non committitur; P.H.O. c.14. *dixi infrà p.2. disp.3.th.3.lit. D.* idq; etiam de jure Saxon. observatur, ut notat additionator ad Fachs. 1. *diff.* 41.

IV.

Idq; circa actoris satisdationem jure Justinianeo verum putamus tum, si ordinario judicio actum fuerit *a*. Circa satisdationem quam reus præstat, jus Justinianeum requirit, ut si ipse in judicio præsens sit, tum vel in loco judicii, vel extra illud, pro procuratore satisdet judicatum solvi: si reus absens sit, ipse procurator cautionem hanc præstet: si citra procuratorem agat reus præsens satisdat tantùm judicio sisti *b*.

a) nam si extra ordinem, puta rescripto Principis vel alio modo, extra suum forum reus evocetur, tum actor in termino vel die præfixo comparere, & sub certa pœnæ qualitate per judicem taxanda litem terminare cogitur, *Novel.53.c.1. & 2. & ibid. Cujac. adde c. inducia, §.1. in fin. 3. quæst. 3.* comparente autem reo ad præfixum citationis terminum, si actor emanserit, condemnari actorem reo in expensas, denegata etiam ulteriore citatione, donec ad proximum de se præsentando sufficienter caverit, canones volunt, *c.1. de dol. & contumac. in 6. ubi gloss. Specul. d. tit. §.1. num. 2. Bocer. hic. th. 8. vide Ord. Cam. par. 3. tit. 11. §. vnd als sich auch bißher. ibi Nic. Cisner. in addit.* b) *leg. un. & ibi Cujac. in parat. C. de satisd. §. sed hodie 2. §. si verò aliquis 4. & §. seq. & ibi Interpp. Instit. eod.* Illud obiter notandum *in d. §. 4. vers. alia insuper cautela, ibi: (personam ipsius:)* omninò rectè subaudiri: per procuratorem: quod ingeniosè satis defendit Accurs. ibid. & hodie edita paraphrasis Theoph. ad eundem locum illud probat. Dissent. Baro, Cont. Hot. Wes. ibi. qui ea verba de ipso reo exponunt. Olim sanè durior fuit reorum in satisdando conditio, actione enim reali conventus satisdabat judicatum solvi, *l. 8. 11. judic. solv. l. penult. de dol. mal. l. 33. de fidejuss. l. 27. §. 1. de procur. l. 2. de prat. stip. l. 1. C. uti possid.* personali actione conventus non itidem, ut apparet *ex l. 39. §. 1. de noxal. act. l. 18. de interrog. in jur. fac.* quod intellige si per se in judicio staret. Procurator enim ejus in actione personali satisdabat judicatum solvi & judicio sisti: in realibus judicatum solvi: etiamsi persona procuratoris legitimata esset: *confer l. 21. rem rat. hab. l. 10. judic. solv. l. 6. §. pen. & ult. de oper. nov. nunc. vide Vult. d. c. 30. n. 78. & seqq. Briss. lib. 5. de formu. pop. Rom. pag. (mihi)* 439. ubi id totum ex variis Pandectarum locis plenè & solidè explicat. Illud etiam novissimo jure & usu obtinet, ut reus qui res immobiles in territorio judicis possidet, non minus quàm actor ab omni cautione præterea sublevetur, *l. 15. pr. hic.* quod ex quantitate rei in judicium deductæ reus æstimat, *Ias. in d. l. 15. num. 2. & seqq. Wes. par. hic. num. 7. de jure Saxon.* etiam hîc valor unius Wergeldi sufficit, ut notavi *ad fin. thes. praced.* quod verò dixi, id in arbitrio judicis esse, id firmant præterea Dan. Moller. 1. *semestr. 2. Coler. tract. de except. c. 2. n. 16.*

V.

Litem ipsam respicit cautio, judicatum solvi *a*, eaq; tres clausulas habet *b*, & hodie expressè non adhibetur *c*. Illud generaliter moribus & consuetudine horum temporum manet, ut si per procuratorem quis sive actor sive reus in judicio versetur, atq; de mandato constet, satisdatione

nulla opus sit *d*: sin dubitetur, cautio de rato interponatur *e*, quæ ad litis usq; contestationem durat *f*.

a) quia pro litis æstimatione datur, & pro lite esse dicitur, *l.11.judic.solv.* eodemq; sensu de lite, *l.33.de fidejuss.* nempe in casu quo ea res judicatur, vel non defenditur, *Vult.d.c.30.num.38.* b) unam de judicato solvendo, alteram de re defendenda, tertiam de dolo malo: inter quas prima est potissima, qua sublata cæteræ evanescunt, *arg.l.29.de accept.l.13.§.penult.jud.solv. Cujac.10.observ.29. Brisson.d.li.5.* c) continetur tamen in mandati clausula, quam vocant cautionis hypothecariæ, de indemni servando procuratore: mit versetzung deß Principaln Haab vnd Güter/ so viel deren hierzu von nöten: quæ clausula idcirco de substantia est mandati, & omitti non debet, *vide Mynsf.4.obser.99. Vult.d.c.30.n.28.* d) quod & olim obtinuisse apparet *ex l.65.de procur.* ubi id pro cautela traditur: quo tamen in loco fortè ex sermonis genere Triboniani ad sua tempora id immutantis manus existimari possit, *confer l.39.pr. eod.l.1.C.eod.l.un.C.de satisd.§.sin autem, Instit.hic.& ibid.* Wes. *idem in par.C.hic num.8.* e) h.e. voce & manu promittatur, ratum habiturum principalem id quod agitur, *l.procurator, rem rat.d.§.sin autem, l.1.ubi Ias.nu.3.C.de proc.glos.& Bart.in l.4.§.Cato, de V.O.* Quod si omninò deficiat mandatum, ne quidem cum cautione admittitur procurator, *Dd.in d.l.1.C.de procur.c.1.ubi glos.verb.port. itoribus, eod.* Wurmbs. *1.pract.obs.tit.5.obser.18.* nisi persona necessaria sit, *l.35.de procur.l.21.C.eod.l.14.hic.l.3.§.3.jud.solv.* item nisi sit in judicio approbatus, ut hodie in Curiis ferè omnibus fieri solet. *Ord. Cam.par.1.tit.19.& 21.* f) *l.40.§.3.de procur.Ord.Cam.d.tit.21.§.* Weiter setzen vnnd ordnen wir. *vide Mascard.vol.2.de probat.concl.1006.* & de pœna procuratorum qui mandata & ratificationem retroactorum impetrare cessant, *d.tit.21.*

VI.

Sunt & aliæ quædam cautiones quæ occasione judicii præstari solent: sic judex olim in singulis causis juramento cavere solebat *a*, quod ordinarius hodie in officii sui initio præstat *b*: delegatus verò per documentum suæ commissionis citationi insertum cavere intelligitur *c*. Sic cautio securitatis sive salvi conductus datur à magistratu illi qui ob delictum vel aliam causam in judicio comparere veretur *d*. Sic interdum cautio datis fidejussoribus de sistendo se in judicio præstatur per eum qui vel fugitivus putatur, vel in carcere captivus detinetur *e*.

a) ante tempora Gaji Imperatoris: quod desuetum postea renovavit Justin. *l.rem non novam 14.& auth.seq.C.de judic.* idq; olim obtinuisse ex multis scriptorum, in primis Ciceronis locis liquidò constare potest, *ut 1.act.in Verrem:* ubi nominantur: hominum juratorum sententiæ: quod Ascon.Pæd.ibid.interpretatur: judicum qui in leges antequam judicarent jurare consueverant. vide eleganter Revard. *5.varior.8.* ubi puteal aram Libonis in comitio fuisse putat, in quam jurari solitum sit, *adde Ferrand. Adduens.2.var.explicat.7.* b) *Novel.8.c.7.& c.14.d.auth.hodie, Azo in summ.C.de jud.n.21.vide etiam Cassiodor.lib.11.var.cap.8.& Cujac.ad d.Novel.8.* ubi rectè *in fin.* cautionem quam Præsides præstant tributorum nomine, nuda repromissione fieri statuit, non satisdatione, hoc est, fidejussoribus: quia omissa pro data habetur. Formulam juramenti quod Judex & Assessores Cameræ Imperialis præ-

præstant, vide *in Ord. Cam. p. 1. tit.* 57. Adeò autem juramentum in ingressu officii à judice ordinario præstandum requiritur, ut statutum in contrarium non valeat, *Roch. in repet. c. fin. c. 11. nu.* 28. *de consuet. Dan. Moll.* 1. *semestr.* 10. *Mynʃ.* 2. *obs.* 76. ne videlicet ex remissione delinquendi materia præbeatur: facit etiam quòd Jurisconsulti, atque ita etiam judices sacerdotes justitiæ nuncupantur: debent igitur religione juramenti ad eandem studiosè sectandam juratò obligari, *arg. l. 1. pr. de just. & jur. juncta l.* 32. §. 4. *de arbitr. adde Cuj. tr.* 8. *ad African. ad l.* 34. *mand. pag.* 288. *P. Fab. in peculiari comment. de magistrat. Roman. & vide Novell.* 9. 25. 26. 29. c) *c. cum in jure, de off. deleg. gloss. ibid. in verb. injungo. & Innoc. num.* 4. *c. præterea, de dilation. Panorm. in c. fin. de treug. & pac. facit auth. qui semel, C. quom. & quand. jud. Bart. in l.* 5. *de sepulcr. viol. & in l.* 1. *de custod. reor. Geil.* 1. *obs.* 48. *nu.* 17. *vide quæ dicta sunt disp.* 4. *th.* 5. *lit. A.* d) *Panorm. in d. cap. fin. Bart. in d. l.* 5. *& in l.* 5. *de publ. jud. Boss. in pract. crim. tit. de citatione, num.* 36. *Jo. Andr. in c.* 1. *de R. I. in* 6. Solet tamen distingui in criminibus publicam executionem habentibus, ut aliter nō detur, nisi per procuratorem causa agi nequeat. Unde in Camera in causis fractæ pacis vel aliis banniti salvum conductum non impetrant, *Geil. de pac. publ.* 11. *num.* 10. potest enim, imò debet ejusmodi bannitus per procuratorem comparere, *idem* 1. *pac. publ.* 9. *adde Mynʃ.* 1. *observ.* 82. *Guid. Pap. decis. Gratianop.* 418. *Capell. Tholos. q.* 460. *Cacheran. decis.* 88. *nu.* 14. *Vult. d. c.* 30. *num.* 85. *Fachin.* 9. *controv.* 62. *& seq.* Dixi à magistratu dari hanc cautionem, quia nimirum illa pars est imperii sive jurisdictionis criminalis: ist den Obergerichten anhängig. *Wes. cons.* 33. *n.* 19. & marito concessa ad uxorem quoque extenditur: ut bene docet Schrad. *tract. feud. p.* 9. *c.* 3. *nu.* 5. eamq; aut non concedendam, aut concessam servandam æquius verius est. pulchrè per discursum *Bruckm.* §. *soluta potestas, c.* 4. *membr.* 2. *effect.* 5. *nu.* 28. *& seqq.* quia in speciem contractus transiit, ex quo etiā Princeps efficaciter obligatur, *arg. l.* 1. *de pact. l.* 1. *de const. pec. l.* 3. *C. de LL. l.* 6. *de just. & jur. l.* 5. *C. de locat. præd. civil. lib.* 11. *l. fin. C. de quadr. præscript. l.* 15. *de publican. l.* 1. §. 1. *l. seq. de off. Proconʃ. Speck.* 1. *cent. quæst.* 1. 2. *Fachin.* 9. *controv.* 60. 69. *Menoch.* 1. *cons.* 100. *nu.* 198. *&* 218. *&* 2. *arbitr. q.* 336. *per tot. Bertaz.* 2. *cons.* 359. *num.* 14. *& seq. Lud. Peguer. decis. crim.* 39. *num.* 8. *Farinac. prax. crim. lib.* 1. *tit.* 4. *quæst.* 29. *per tot.* (*Dissent. alleg. ibid. num.* 4.) Quid? si securitas data est zu recht / vnnd vor vnrechter Gewalt / an adhuc conjici in carcerem & puniri potest reus in judicio confessus? Aff. Moll. 2. *semestr.* 1. *in fin.* atq; ita Lipsiæ decisum refert: adde & alias decem limitationes, in quibus salvus conductus effectum non habet, *apud Farin. d. t.* 29. Citatos etiam ad aliam forte causam civilem, si compareant, etsi constet esse reos capitalis criminis, tanquam salvum conductum habentes non detineri, singulariter notat idem *d. lib.* 2. *c.* 2. *n.* 2. contra quàm sentiunt Dd. allegati *ibid. n.* 1. e) quoties nimirum pœna corporis infligenda venit, *per ll. & Dd. allegatos infra p.* 2. *disp.* 28. *th.* 3. *lit. A. & disp.* 31. *th.* 4. *lit. E. ubi omninò vide. adde Vult. d. c.* 30. *Menoch.* 2. *arbitr. jud. qu.* 303. *& communiter Dd. per l. divus,* 3. *de cust. & exhib. re. Val. Franc. tract. de fidejuss. c.* 3. *num.* 201. *& seq.* omnium latissimè & enucleatissimè Farinac. *lib.* 1. *tit.* 4. *qu.* 38. *per totum.* Hodie tamen etiam quandoq; moribus nostris, præsertim ubi jus Sax. viget, fidejussores recipiuntur, qui, salva persecutione criminali, sub certa pœna pecuniaria, promittant reum toties quoties judicio sisti, ut nostri loquuntur, den Beklagten so offt noth / bey einer namhafften Geltpeen zu stellen. *Val. Franc. d. cap.* 3. *num.* 290. *& seqq.* ubi tamen cautela illa opus est inprimis, ut persecutio criminalis contra reum in causa principali reservetur, daß man solches anders nicht / als der Peinligkeyt vnbeschadet / anneme / maximè de jure Saxon. quo, omissâ illâ cautelâ, causa per receptum fidejussorem ex

nulla opus sit *d*: sin dubitetur, cautio de rato interponatur *e*, quæ ad litis usq; contestationem durat *f*.

a) quia pro litis æstimatione datur, & pro lite esse dicitur, *l.11. judic. solv.* eodemq; sensu de lite, *l.33. de fidejuss.* nempe in casu quo ea res judicatur, vel non defenditur, *Vult. d. c.30. num.38.* b) unam de judicato solvendo, alteram de re defendenda, tertiam de dolo malo: inter quas prima est potissima, qua sublata cæteræ evanescunt, *arg. l.29. de accept. l.13. §. penult. jud. solv. Cujac. 10. observ. 29. Brisson. d. li. 5.* c) continetur tamen in mandati clausula, quam vocant cautionis hypothecariæ, de indemni servando procuratore: mit versetzung deß Principaln Haab vnd Güter/ so viel deren hierzu von nöten: quæ clausula idcirco de substantia est mandati, & omitti non debet, *vide Mynf. 4. obser. 99. Vult. d. c. 30. n. 28.* d) quod & olim obtinuisse apparet *ex l. 65. de procur.* ubi id pro cautela traditur: quo tamen in loco fortè ex sermonis genere Triboniani ad sua tempora id immutantis manus existimari possit, *confer l.39. pr. eod. l.1. C. eod. l. un. C. de satisd. §. sin autem, Instit. hic. & ibid. Wes. idem in par. C. hic num. 8.* e) h. e. voce & manu promittatur, ratum habiturum principalem id quod agitur, *l. procurator, rem rat. h. §. sin autem, l.1. ubi Ias. nu.3. C. de proc. glos. & Bart. in l.4. §. Cato, de V. O.* Quod si omninò deficiat mandatum, ne quidem cum cautione admittitur procurator, *Dd. in d. l.1. C. de procur. c.1. ubi glos. verb. port. toribus, eod. Wurmbs. 1. pract. obs. tit. 5. obser. 18.* nisi persona necessaria sit, *l.35. de procur. l.21. C. eod. l.14. hic l.3. §.3. jud. solv.* item nisi sit in judicio approbatus, ut hodie in Curiis ferè omnibus fieri solet. *Ord. Cam. par. 1. tit. 19. & 21.* f) *l.40. §.3. de procur. Ord. Cam. d. tit. 21. §.* Weiter setzen vnnd ordnen wir. *vide Mascard. vol. 1. de probat. concl. 1006.* & de pœna procuratorum qui mandata & ratificationem retroactorum impetrare cessant, *d. tit. 21.*

VI.

Sunt & aliæ quædam cautiones quæ occasione judicii præstari solent: sic judex olim in singulis causis juramento cavere solebat *a*, quod ordinarius hodie in officii sui initio præstat *b*: delegatus verò per documentum suæ commissionis citationi insertum cavere intelligitur *c*. Sic cautio securitatis sive salvi conductus datur à magistratu illi qui ob delictum vel aliam causam in judicio comparere veretur *d*. Sic interdum cautio datis fidejussoribus de sistendo se in judicio præstatur per eum qui vel fugitivus putatur, vel in carcere captivus detinetur *e*.

a) ante tempora Gaji Imperatoris: quod desuetum postea renovavit Justin. *l. rem non novam 14. & auth. seq. C. de judic.* idq; olim obtinuisse ex multis scriptorum, in primis Ciceronis locis liquidò constare potest, *ut 1. act. in Verrem*: ubi nominantur: hominum juratorum sententiæ: quod Ascon. Pæd. ibid. interpretatur: judicum qui in leges antequam judicarent jurare consueverant. vide eleganter Revard. 5. *varior.* 8. ubi puteal aram Libonis in comitio fuisse putat, in quam jurari solitum sit, *adde Ferrand. Adduens. 2. var. explicat. 7.* b) *Novel. 8. c. 7. & c. 14. d. auth. hodie, Azo in summ. C. de jud. n. 21. vide etiam Cassiodor. lib. 11. var. cap. 8. & Cujac. ad d. Novel. 8.* ubi rectè *in fin.* cautionem quam Præsides præstant tributorum nomine, nuda repromissione fieri statuit, non satisdatione, hoc est, fidejussoribus: quia omissa pro data habetur. Formulam juramenti quod Judex & Assessores Cameræ Imperialis præ-

præstant, vide *in Ord. Cam. p. 1. tit. 57.* Adeò autem juramentum in ingressu officii à judice ordinatio præstandum requiritur, ut statutum in contrarium non valeat, *Roch. in repet. c. fin. c. 11. nu. 28. de consuet. Dan. Moll. 1. semestr. 10. Myns. 2. obs. 76.* ne videlicet ex remissione delinquendi materia præbeatur: facit etiam quòd Jurisconsulti, atque ita etiam judices sacerdotes justitiæ nuncupantur: debent igitur religione juramenti ad eandem studiosè sectandam juratò obligari, *arg. l. 1. pr. de just. & jur. juncta l. 32. §. 4. de arbitr. adde Cuj. tr. 8. ad African. ad l. 34. mand. pag. 288. P. Fab. in peculiari comment. de magistrat. Roman. & vide Novell. 9. 25. 26. 29.* c) *c. cum in jure, de off. deleg. gloss. ibid. in verb. injungo. & Innoc. num. 4. c. præterea, de dilation. Panorm. in c. fin. de treug. & pac. facit auth. qui semel, C. quom. & quand. jud. Bart. in l. 5. de sepulcr. viol. & in l. 1. de custod. reor. Geil. 1. obs. 48. nu. 17. vide quæ dicta sunt disp. 4. th. 5. lit. A.* d) *Panorm. in d. cap. fin. Bart. in d. l. 5. & in l. 5. de publ. jud. Boss. in pract. crim. tit. de citatione, num. 36. Jo. Andr. in c. 1. de R. I. in 6.* Solet tamen distingui in criminibus publicam executionem habentibus, ut aliter nō detur, nisi per procuratorem causa agi nequeat. Unde in Camera in causis fractæ pacis vel aliis banniti salvum conductum non impetrant, *Geil. de pac. publ. 11. num. 10.* potest enim, imò debet ejusmodi bannitus per procuratorem comparere, *idem 1. pac. publ. 9. adde Myns. 1. observ. 82. Guid. Pap. decis. Gratianop. 418. Capell. Tholos. q. 460. Cacheran. decis. 88. nu. 14. Vult. d. c. 30. num. 85. Fachin. 9. controv. 62. & seq.* Dixi à magistratu dari hanc cautionem, quia nimirum illa pars est imperii sive jurisdictionis criminalis: ist den Obergerichten anhängig. *Wes. cons. 33. n. 19.* & marito concessa ad uxorem quoque extenditur: ut bene docet Schrad. *tract. feud. p. 9. c. 3. nu. 5.* eamq; aut non concedendam, aut concessam servandam æquius verius est. pulchrè per discursum *Bruckm. §. soluta potestas, c. 4. membr. 2. effect. 5. nu. 28. & seqq.* quia in speciem contractus transiit, ex quo etiā Princeps efficaciter obligatur, *arg. l. 1. de pact. l. 1. de const. pec. l. 3. C. de LL. l. 6. de just. & jur. l. 5. C. de locat. præd. civil. lib. 11. l. fin. C. de quadr. præscript. l. 15. de publican. l. 1. §. 1. l. seq. de off. Proconf. Speck. 1. cent. quæst. 1. 2. Fachin. 9. controv. 60. 69. Menoch. 1. cons. 100. nu. 198. & 218. & 2. arbitr. q. 336. per tot. Bertaz. 2. cons. 359. num. 14. & seq. Lud. Peguer. decis. crim. 39. num. 8. Farinac. prax. crim. lib. 1. tit. 4. quæst. 29. per tot. (Dissent. alleg. ibid. num. 4.)* Quid? si securitas data est zu recht / vnnd vor vnrechter Gewalt / an adhuc conjici in carcerem & puniri potest reus in judicio confessus? Aff. Moll. *2. semestr. 1. in fin.* atq; ita Lipsiæ decisum refert: adde & alias decem limitationes, in quibus salvus conductus effectum non habet, *apud Farin. d. t. 29.* Citatos etiam ad aliam forte causam civilem, si compareant, etsi constet esse reos capitalis criminis, tanquam salvum conductum habentes non detineri, singulariter notat idem *d. lib. 1. c. 2. n. 2.* contra quàm sentiunt Dd. allegati *ibid. n. 1.* e) quoties nimirum pœna corporis infligenda venit, *per ll. & Dd. allegatos infra p. 2. disp. 28. th. 3. lit. A. & disp. 31. th. 4. lit. E. ubi omninò vide. adde Vult. d. c. 30. Menoch. 2. arbitr. jud. qu. 303. & communiter Dd. per l. divus, 3. de cust. & exhib. re. Val. Franc. tract. de fidejuss. c. 3. num. 201. & seq.* omnium latissimè & enucleatissimè Farinac. *lib. 1. tit. 4. qu. 38. per totum.* Hodie tamen etiam quandoq; moribus nostris, præsertim ubi jus Sax. viget, fidejussores recipiuntur, qui, salva persecutione criminali, sub certa pœna pecuniaria, promittant reum toties quoties judicio sisti, ut nostri loquuntur, den Beklagten so offt noth/bey einer namhafften Geltpeen zu stellen. *Val. Franc. d. cap. 3. num. 290. & seqq.* ubi tamen cautela illa opus est inprimis, ut persecutio criminalis contra reum in causa principali reservetur, daß man solches anders nicht/als der Peinligkeyt vnbeschadet/anneme/ maximè de jure Saxon. quo, omissâ illâ cautelâ, causa per receptum fidejussorem ex

criminali fieret civilis. Est igitur cautelæ illius hic effectus, ut licet fidejussores postea reum non stiterint, & contra ipsos ad pœnam agatur, salva tamen sit persecutio rei fugitivi in causa principali, puta procedendi ad bannum, *vide Val. Franc. d. c. 3. num. 295. Coler. tr. de proc. exec. c. 3. nu. 95. & seq. adde eundem pulchrè & nervosè eod. tr. c. 4. num. 191. & seqq. & Farinac. d. tit. 4. q. 34. per totum.* Tandem huic cautioni affinis est cautio quam de non ulciscendo præstant dimissi ex carcere, Urphed/item pro solvendis alimentis, vor die Atzung. De cautione de non offendendo dicetur *inf. p. 2. disput. 18.* de cautione ex l. diffamari dicetur *p. 2. disput. 31.* Tandem hic & illud notandum: in festis solennibus reos sub fidejussoribus in Germania hodie non relaxari, atque ita apud nos usu non servari, *l. nemo. 3. C. de Episc. aud. ut notat Bart. ibid.* etsi in Italia hodie etiam servari testis est Clar. *§. fin. quæst. 46. vers. solent etiam, Menoch. 2. arbitr. jud. q. 303. num. 38.*

VII.

Generatim illud verum est, quoties satisdato caveri, hoc est fidejussoribus oportet, non nisi idoneos admitti *a*: unde nec mulier *b*, nec minorennis *c*, nec miles *d* ad satisdandum pro alio *e* rectè adhibentur: sicut nec servus *f*, nec is qui fori præscriptione gaudet *g*. Unus verò idoneus fidejussor sufficiet & tum, cùm pluraliter fidejussores lex exigit *h*: & in criminalibus nonnunquam idoneè fidejussoribus caveri putamus *i*.

a) *l. 2. §. 2. & 4. l. 5. §. 1. hic, l. 1. 2. 3. de in jus voc. Mynsing. in d. §. sed hodie, in fin.* quod si dubitetur an fidejussores sint idonei, arbitri solent cõstitui ad eos probandos, à quorum sententia appellari potest, *l. 9. & l. seq. hic. ubi vide Bart. & Jas. Duar. ibi cap. 1. Myns. 4. observ. 68.* neque verum est manifestè locupletem, si fidejussorem dare jubeatur, posse obligatione suorum bonorum id declinare, *per rationem d. l. 2. Soar. lit. F. num. 154. Diss. communiter Dd. Ias. in l. 1. hic. Dec. in l. 25. de R. I. & alii ibid. à Soar. allegati.* b) *l. 8. §. 1 hic, & arg. tot. tit. ad SCtum Vellej. vide inf. disput. 25.* c) *d. l. 8. §. 1.* facit beneficium restitutionis in integrum, *argum. tot. tit. de min. & l. 50. de proc.* d) *d. l. 8. § 1.* propter privilegium militare, *l. 31. C. locat.* e) quia in rem suam & lucrum proprium cavere non prohibentur, *vide l. 8. §. 1. ad SC. Vellej. l. 1. §. fin. de pign. vide infr. disput. 25. th. 1. lit. D.* f) quia personam standi in judicio non habet, *l. 22. de R. I. vide per discursum sup. disp. 2. th. 2. & 3.* g) nisi renunciet huic suo privilegio, *l. 7. hic, l. 1. C. de prec. Imp. off. l. 1. & ibi gl. si quis in jus voc. non ier. Wesenb. hic, num. 7.* ergo qui fidejussorem dat alienæ jurisdictioni subjectum nihil agere censetur, *gloss. in d. l. 1. Alex. 7. vol. consil. 89.* Sed an sicut fori privilegio extraneus, ita & Vellejano mulier renunciare potest? *vide disput. 25. th. 4. lit. E.* eo posito mulier satisdato judicialiter cavebit, *vide P. Fabr. in l. 2. n. 2. l. 23. de reg. jur.* h) *confer l. 1. 2. 3. 4. l. 5. §. 1. l. 7. 9. hic, l. 2. in jus voc. ut eant. l. 234. §. 1. de V. S. Wesenb. hic, num. 7.* quod tamen in civilibus negotiis verum esse asserit *cum Mar. p. 6. tit. de satisd. num. 7.* nam in criminalibus pro delicti & personarum qualitate plures exigi communiter placuit. i) verùm id non regulariter: ubi enim pœna corporis venit infligenda, ne quidem volentem alterum intervenire fidejubendo verius est, *gl. & Bar. in l. 1. de cust. reor. Bald. in l. 2. C. eod. Clar. 5. sentent. § fin. qu. 46. num. 7. Covar. 2. var. resol. 2. n. 8. Soar. in lit. F. nu. 145.* ubi verò dignitas ejus qui accusatur, vel aliæ circumstantiæ ex delicto vel persona desumtæ id suadent, fidejussores admittendi sunt, *l. 4. de cust. reor.*

teor. ubi vide quæ notat Gothofr. Wes. par. ibi. Bald. in d. l. 1. facit & l. 2. C. de exact. trib. libr. 10. vide Ang. l. 1. in jus voc. ut eant. & in l. 15. hic. Hipp. Bonac. in th. com. opin. lit. F. ver. fidejussoribus relaxetur reus, &c. vide inf. p. 2. disp. 28. th. 3. lit. A. & disp. 31. th. 4. lit. E.

VIII.

Fidejussor qui aliquem judicio sisti promisit, si certa pœna stipulationi sit adjecta, condictione certi tenetur *a*. Cautioni juratoriæ si illustres non stent, pœnis lege ordinatis plectuntur *b*, reliqui causâ cadunt *c*.

a) si autem pœna non adjecta sit, solvendo interesse liberabitur, (quanti nimirum res est, in quam veniunt fructus etiam, *Gœdd. in l. 179. n. 5. de V. S. l. 18. pr. §. 4. de dol. mal.* quanti res est, æstimatur ex eo, quanti interest possessionem retineri, *l. 5. §. in hoc. uti possid. facit l. fin. de prætor. stip. & l. fin. C. de sponsal. & l. si dictum, pr de evict. l. stipulatio ista, §. alteri, de V. O.*) nisi pro certa quantitate accesserit, *l. 2. §. fin. & l. seq. hic, l. fi. de eo per quem fact. erit.* quo casu dari ea debet, sive major sive minor sit, *l. 4. §. fin. si quis caut. adde Duaren. hic, c. 2. Maran. d. p. 6. n. 5. & 8. VVes. par. hic, n. 9.* Eodem planè modo & reus tenetur, qui consultò cautioni non paret: aliud enim est, si justis ex causis secum agendi potestatem non fecerit, *arg. l. fin. hic, & t. tit. si quis caut. in jud. sist. caus. fact.* Quorsum spectat nonnunquam etiam satisdationem renovari, *l. 96. §. 1 de solut. l. 4. de her. vel act. vend. Bar. in l. 4. in fin. de fidejuss.* puta si prior evanescat: vel lapsis interea in insignem calamitatē fidejussoribus reddatur inutilis, *l 9. 13. hic, l. 4. de præt. stip. l. 20. §. 14. de nov. op. nunc.* non etiam si ab initio fidejussor pauper fuerit, & id adversarius sciverit, *l. 4. ut in poss. leg. l. 4. de hered. vend. l. fin. C. de sponsal.* nisi tamen in fidejussore judiciali nova suspicionis causa superveniat, *arg. l. 10. §. 1. hic.* b) *l. pen. & ibi Cujac. C. de dign. lib. 12. Novell. 53. c. 4. ubi vide Cujac.* quod si ex arresto supra fidem datam nobilis fugiat, etiam hoc nomine gravius puniendus est, nimirum tanquam confessus de delicto, ob quod arestabatur, *arg. l. in eos, de cust. reor. Masc. 2. de probat. concl. 810. n. 7. Diss. Farinac. lib. 1 prax. crim. tit. 4. q. 30. n. 79. & seq.* Hodie etiam viros illustres ad fidejussionem cogi, nec juratæ cautioni relinqui, atq; ita *d. l. pen. C. de dign. lib. 12.* usu non observari, tradit Clar. *§. fin. quæst. 46. vers. scias autem. Franc. d. c. 3. n. 162. & seq.* c) maximè si in contumacia perseveraverint, *l. 5. §. 2. ne quis eum. Novell. 53. c. 4. ubi Cujac. VVes. par. hic, n. 10. in fin.* ubi & juris Saxonici hac in parte collationem vide. Porrò cùm dubitari poterat: an stipulatio, judicio sisti, committatur, si diebus feriatis incidentibus, & ditionibus legitimè impetratis satisdans non compareat, ea ratione nunc de feriis & dilationibus subjicitur titulus. *VVes. & Cujac. parat. ibid.*

IX.

Feriæ a sunt dies ab actibus judicialibus vacui *b*: iiq; vel solennes, vel non solennes *c*. Illæ quia quotannis recurrunt nominantur ordinariæ *d*. Hæ quia casu ita ferente indicuntur, ideò nominantur repentinæ & extraordinariæ *e*: illisq;, nisi sacræ sint, renunciari potest, his non item *f*.

a) à feriendis victimis, unde & hostiæ ab hostire, quod olim ferire significabat, *VVes. hic, n. 1. ex Agell. 4. noct. Attic. 6.* idq; multis exemplis probat Brisson. *lib. 1. form. pop. Rom. pag. (mihi) 18. & seqq.* b) olim & justitium, *Agell. 20. noct. Attic. 1.* & dies nefasti, *VVes. par. hic, nu. 2 ex Ovid. 1. Fastor.* c) *l. 3 C. de dilat. l. 26. §. 7. ex quib. caus. maj. Duar. hic, c. 1. VVes. hic, nu. 3. Vult. d. c. 30. num. 88.* ad illas & mobilia festa

festa rectè referuntur: sunt enim feriæ in certum diem mensis conceptæ, etsi quoad hebdomadæ dies videantur moveri. *Sichard. ad d. l. 3. num.* 8. Alias divisiones vide apud Macrob. 1. *Saturnal.* 16. d) suntq; factæ ob causam vel divinam, ut cultui divino dedicatæ: vel profanam, ut messium & vindemiarum: & has quoque omnibus prodesse verè dicitur *Wes. hic, num.* 7. Ex Ordinatione Cameræ quæ feriæ sint, vide *part. 3. tit. 33. Vult. d. c. 30. num.* 92. & adde ad earundem declarationem Geil. 1. *observ. 53. nu. 4 & 5. Specul. de feriis, § sequitur, nu.* 1. *Wes par. hic, n.* 5. De jure Saxon. feriæ quæ sint, vide Landrecht *lib. 2. art. 66. Zobel. p. 1. diff. 4. n.* 1. sed attendendum inprimis, quid locorum consuetudines probent. e) *Cujac. parat. C. hic. per l. 3. eod. l. 1. 4. C. eod. Clem. sæpè, verb. necessitatis, ubi gloss. C. de V. S. Spec. d. §. 1. nu.* 3. & vide de his selecta quædam apud Rævard. 5. *varior.* 19. qui ex Macrobio ferias alias stativas, alias conceptivas, alias imperativas, alias nundinales facit. f) per ea quæ tradit Geil. *d. obs. 53. n. 16. & seqq. Menoch. 1. arb jud. cent. 1. cas. 30. n.* 11. quæ tamen renunciatio à parte rei tutius fiet expressè, *gloss. in d. Clem. sæpè, §. quæ omnia, verb. partibus. Specul. d. loc. n.* 3. Ferias etiam sacras ex justa causa variari posse, non absolutè tolli verum est, jus enim divinum à civili declarari potest, tolli non potest, *vide Menoch. d. cas. 30. nu. 12. Marant. p. 4. dist. 16. à n. 87 usq; ad fin.* Sed hodie recepto pluribus in locis Calendario Gregoriano, atq; ita in vicinis locis sæpè discrepantibus feriis, an actoris, an rei, an demum judicis feriæ observabuntur? Postremum existimo verum esse *arg. l. 3. §. fin. de test.* & per ea quæ notat Geil. 2. *obs. 113. num.* 2. Quæ porrò causæ die feriato peragi possint, accuratè tractat Menoch. *d. loc.* in quibus & laudum rectè numerat *in fin. d. c.* 30. rectè addunt aliqui novi operis nunciationem, *vide l. 1. §. 9. ibi: post operis. & c. illo tit. Robert. 3. sent. 16. & adde inf. p. 2. disput.* 18. non etiam rectè addunt citationem, etsi hat ad diem non festum, *per alleg. sup. disp. 4. th. 4. lit. C. in fin.* nec tollit nodum distinctio allata à Sichard. *in l. 3. C. hic, n. 9 in fin.*

X.

Dilatio hìc *a* est diei per judicem cum causæ cognitione facta prorogatio, sive ad aliquid expediendum assignatio *b*: eaq; ab alterutro reorum impetrata alteri quoq; prodest, ita ut in illius præjudicium renunciari nequeat *c*, & sicuti à judice indulgetur, ita contrahi ab eodem potest *d*. Causæ ejus sunt variæ *e*, nec tempus uniforme *f*.

a) non enim comprehendit sub se dilationes à legibus destinatas: quales sunt, decendium ad appellandum in scriptis: triginta dies ad acta cum judicis subscriptione edenda: ad introducendam appellationem duo, tres, vel sex menses: ad eandem peragendum annus vel biennium, &c. de quibus eruditè Borcholt. *ad tit. de pact. c. 5. num. 33. & seqq. vide infr p. 2. disp. 33. th. ult.* Quid si per judicem stetit, ut tempus illud efflueret? Non nova dilatio decernitur, quia dilationes amputandæ, *l. pen. C. de temp. app.* sed à lege datæ tempus prolongatur, *Geil. 1. observ. 93. nu. 2. 7. & 8. Myns. 1. obs. 71. vide & M. Ant. Bard. tr. de cont. & util. temp. c. 3. num. 4. & seq.* Pendente autem dilatione non procedi debet ad ulteriora, nisi super alio articulo, super quo dilatio facta non est: nisi judex interloquendo dilationem datam revocet; aut is, cui data est dilatio, de fuga suspectus fieret. b) *l. 7. l. fin. hic, l. 27. 32. §. 11. & §. fin. de rec. arb. vide c. induciæ, vers. à judice 3. q. 3. Geil. 1. obs. 91. num. 4. Lancell. tit. de dilat. nu. 6. Et rectè Lanfranc. in c. quoniam, 11. de probat. arg. l. 4. C. hic. Diss. Wesenb. parat. C. hic.* sed & hæc

hæc sententia diverso respectu vera est. c) *per notata Jas. in d.l.1. de adopt. n.51. Tiraq. de utroq. retract. §.36.n.27. Nic. Ant. Gravat. ad Isagog. Vestr. lib.5.c.4.n.6.* ex quibus commune hoc ait Soar. *in lit. D.n.76. Kirchov. in lit. D. verb. dilatio communis.* d) *Villalob. d. lit. D.n.71.* & verò in causis summariis debet, *Zang. tr. de exc. c.2 n.5.* imò amplius si dilationem judex concessit certo termino non apposito, terminus adhuc pro ipsius arbitrio statuetur, *arg. l.5. de interr. in jur. fac. Cuj. in tit. de div. & temp. præscr. e. fin. Menoch. 2. arb jud. cent.1. cas.52.n.1. vide Geil.1.obs.91.n.20.* Dilatione autem plenè elapsâ, parte altera invita eam nō prolongabit, *Sichard. ad l.1. C. hic, n.16.* facit quod dilatio omnis, præsertim probatoria, de jure est peremptoria, *Bart. Alex. Jas. & alii in l. fin. hic. Kirch. d. lit. D. verb. dilatio omnis.* e) quæ una regula non possunt comprehendi: sic alia est ad deliberandum, *Novel.53.c.3.* alia ad probandum, *l.1. & seq. C. hic. Novel.115.c.2. & ibi Cujac. l.99.§. fin. de V. S.* alia ad laudandum autorem possessionis, *l.2. C. ubi in rem act. Novel.69. c.2.* eaq; tantùm ante litem contestatam locum habet. *Menoch. 2. arb. jud. cent.5. cas.476. &c.* f) *confer Novel.53. c.2. c.4. de dilat.* hodie ferè arbitrarium, *Spec. de citat. §.1. num.10. vers. item, Geil. 1. obs.53. num.10. & observ.91. num.13.*

XI.

Dilationes aliæ sunt in causa civili *a*, nempe unica duntaxat regulariter *b*: aliæ in causa criminali, ubi duæ accusatori, reo tres conceduntur *c*.

a) *arg. §. perpetua, Inst de except. vide Lancell. d. loc. n.4. & seq. Diss. Wes. hic, nu.10.* qui eas videtur cum exceptionibus in sua divisione miscere. Quæ autem causa civilis sit vel criminalis, vide post Delr. *ad l.18. C de transact n.8. & aliquot seqq. & alios relatos infra disp.12. th.1. in fin.* b) *l.7. & l. fin. hic, juncto c.2. eod.* nisi ob impedimentum emergens, *l.1. C. hic. Novel.90. c.4. & ibi Cujac. Mynf.1. obs.72. & seq. Geil. d. obs.91. nu.4. & seq.* eamq; si procurator petat, speciali ad hoc mandato opus est, *Mynf.1. obs.70.* quamvis & in contrarium extent præjudicia, *Geil.1. obs.91. n.19. per c. qui ad agendum, de proc. in 6. vide plenius inf. p.2. disp.4.* d) *d. l. fi. hic.* excepto adulterio, *l.14. ad leg. Jul. de adult. Paul.2. sent.26. in fin. & ibi Cuj. vide Clar.5 sent. §. fin q.48. vers. quaro.*

XII.

Coronidis loco sit: in Camera rectè heredi successoris, cui quarta dilatio elapsa est, novam dari, ita ut juramento vel restitutione opus non sit.

per notata Mynf.1. obs.79. Geil. d obs.91. n.17.

DISPUTATIO VI.

De Pactis.

Respondente Joanne Episcopio Felsburgensi Hasso.

Thesis I.

Conventio sive pactum in genere *a* acceptū est duorum *b* pluriúmve in idem placitum consensus *c*. Estq; pactum illud vel conventio cum causa dandi aut faciendi *d*: vel conventio sine causa, hoc est, nudo placiti sine consistens, quam in specie pactum appellamus *e*.

a) atq; ita hoc significatu pactum idem est cum conventione, l.1.§.2.3.l.2.l.7. §.4.& seqq. hic, l.7 l.10.C.eod.l.71.pro soc.l.3 pr.de usufr.l.15.vers.quod si, & vers.& quidem conventio.l.5 § 4.l.8.in fi.l.24.de præscr.verb.l 35.de contr.empt.l.20.C.de pact. vide pulchrè Greg.Lopez. 1.animad. 8. atq; ita etiam contractum venire nomine pacti generaliter accepti patet, ut commune dicunt Socin 3.cons.26.nu.4 Hier.Gratus 2.cons.108.nu.19. Jas.ad rubr.C.de transact.n.1.2.Matt.Cuno tract.de pact.c.1.num.1.2.3.4.Donell.ad rubr.C. eod.num.4.Wes par.hic, num 2.Robert.2.sent.15. Hot.1.amicab.resp.2 Diss.Albert.Bolog.ad rubr de V.O.c.5.num.18.& seqq.Cujac.ad l.1.hic. & 2.observ.15. Duaren.ad d.l.1. & 2.disp. anniversf.8.Borch.tract.hic,c.1.nu.7. & seq. Et hanc generalem pacti significationem, etsi rarius usurpetur, propriam esse putamus, arg.d.l.1. & l.7.pr. hic.Bolog.d.c.5.nu.19. Cuno d.c.1.n.14. Diss.vulgò Dd.quos ib.alleg. Et licet pactio a pacto ut causa ab effectu, sive ut prius a posteriore videatur proprietate sermonis differre, Fulg.Alc.& Dd.in l. 1.hic, ibiq; Duar.& 2.disp.8.Caccial.tr.hic, q.2.post n.1. tamen hìc placet pro eodem esse utrumq;, Bolog.d.num.19.Connan.5.com.5 nu.8.Cujac. in d.l.1. & 2.obs.15. Robert. Wes. dd.locis. b) l.6.C.de dot.promiss. quo modo a pollicitatione distinguitur, l. 3. de pollic. etsi interdum abusivè pollicitatio pro pacto dicatur, ut l.5.C.de cont.stip. nullum igitur est dubium, quòd promissio præsenti & tacenti etiam in ejus commodum facta, non desinat esse pollicitatio, nec per hoc ipsum, quòd tacens consentire præsumatur, fiat pactum, per d.l.3.de pollic. Conn.5.comm.8 pr. Fach 8.controv.64. Duar. ad l.1 hic.Dec ad rubr.C.hic Diss Bart.Bald Cyn.Rip.Cagn ibid.dissimiliter. Menoc.3.præsumt.42. c) ex quo scilicet consensu obligatio naturalis vel civilis constituatur sive tollatur, d l.1 §.3 ibi: contrahendiq; transigendiq; causa, ubi Bart. Duar.&c. & in d. l. 1. §. fin. ubi Baro. d) quæ in specie contractus appellatur causam intellige negotium quod jure probetur, & ita obligationem producat: negotium, inquam, sive datum omne aut factum, quod in aliquem ea lege proficiscitur, ut vicissim quid det vel faciat, arg.l 7.§.2.hic.l.15.de præscr.verb.Vult.1.jurispr.30. Diss.vulgò Dd.qui aliter contractum definiunt, & quidem diversimodè, ut videre est apud Nicol.Mozz tract.de contractib.art.2.quid sit contractus. e) unde ea pacta etiam nuda dici solent, d.l.7.§.4.l.45.hic.d.l.10.C.eod.l.1.de pact.conv.sup.dot. & sola l.23.C.de pign.l.5.C.de contr.& comm.stip. nuda & sola, inquam, non tantùm explicationis, sed etiam distinctionis causa, ut separentur à contractibus & pactis legitimis, quæ non nuda seu vestita (voce magis quam sensu incongruo) à Dd. appellantur, arg dd.ll.& arg.l.27.C locat.d.l.10.C.hic, ubi Donell.nu.5.20 l.15.l.8.in fin.de præscr.verb. Lopez.d animad.8.nu.12.& animad 9.nu 2.& seqq.Diss.Wesenb.par.hic.nu.2 circ.fin.Cujac par. C.eo. & 11.obs.17.& 14.obs.28.Coras.misc.1.Duar.in d.l.7.§.4.hic.Borch.c.1.& latè c.2.in 4.pact. div. ubi tamen non obscurè innuit pacta nuda distinctionis gratia sic appellari, n.3. & 4. Et de pacto nudo intelligitur pacti nomen simpliciter prolatum, Salic.Dec.Rimin in d l.10.Bald.Dec.Alc.in rubr.C.hic.Fulgos.in l.6 hic, n.3.(Diss Ferret.in d.l.10.n.4.) & ita rectè definitur conventio nudo placiti fine consistens, arg. d. l. 27. C. locat.l.15. C.fam.erisc.Cujac par.hic.Vult. 1 jurispr.29. Diss.variè Dd. pleriq; pactum in specie definiri putant, l.1 pr hic.alii alias definitiones adferunt, ut Jas in d.l.7.§.4.n.32.Gomez. 2.var.resol.9.n.2.Hostiens.in summ.h.tit.in pr. Wes.par.hic, n.2.circa fin. cujus definitionem probat Cuno d.tr.hic, c.5.n.9.

II.

Pactum generatim acceptum aliud est publicum, quod fit ex causa publica

blica *a*, aliud privatum, quod fit de re familiari *b*: & hoc est vel jurisgentium tantùm *c*, vel etiam legitimum, seu à jure civili confirmatum *d*.

a) ut induciæ, pax, confœderationes Principum & magistratuum, de quibus pulchrè Jo. Bodin. 5. *de Rep.* 6. *adde l.* 5. *ubi Duar. & Cujac. hic, &* 15. *obs.* 33. *Greg. Lopez.* 1. *animad.* 7. *Ravard.* 4. *var.* 1. *ubi ex parte dissent. VVes. par. hic, num.* 4. *vide l.* 20. 28. *l.* 12. *pr. de capt. & postl.* in qua *l.* 12. non opus est pro NIHIL legi ID, ut vult P. Fab. 1. *semestr.* 7. & probat Cuj. *ad d. l.* 5. est enim oratio elliptica, *ut l.* 1. *si quis jus dic. non obt. Cuj.* 19. *obs.* 7. *&* 24. *obs.* 31. (*Diss. Acc. in d. l.* 12.) Et hoc casu Princeps damna subditis illata publici boni causa remittere potest. *Jas. in d. l.* 5. *n.* 8. *Duar. ibi. Geil.* 2. *obs.* 57. *&* 2. *de pac. pub.* 19. *n.* 25. *vide & Vasq.* 1. *controv.* 4. *& Myns.* 4. *obs.* 9. Malè tamen hoc vulgus Dd. probat *ex l.* 15. §. 2. *de R. V. l.* 11. *de evict.* quarum longè alius est sensus: sed docet hoc ratio *l.* 1. §. 2. *ibi: sunt enim quædam, de just. & jur. vide c. in nostra* 8. *ibi: pro bono concordiæ, de injur. adde latè Matt. Cunon. d. tr. c.* 22. *per tot.* Pactum etiam Principis impunitatem promittentis ei qui atrox aliquod facinus detegit, servandum est, per eleganter tradita à Cun. *d. tract. c.* 29. *num.* 35. *& seqq. Dec. in l.* 65. *de V. S. Alciat. in l.* 177. *eod. Marsil. singul.* 177. *Duar. in d. l.* 5. *Diss. Peck. in c. non est, num.* 6. *de R. I. in* 6. cujus tamen sententia in judice, qui accusato vel delato de crimine veniam promisit, vera est: quia promisit id, cujus præstatio in ejus potestate non consistit, cùm judicare debeat & coërcere delicta, non veniam eorundem concedere, quod Principis solius est, adde Cun. *d. tr. c.* 23. *num.* 5. & per discursum toto illo cap. adde Farinac. *lib.* 1. *tit.* 1. *q.* 6. *num.* 10. *& seqq. Menoch.* 2. *arb. jud. qq. cas.* 367. *Gomez.* 3. *var. resol.* 12. *num.* 6. *&* 7. *Diss. Ciar.* 5. *recept. sent.* §. *fin. q.* 55. *n.* 8. *Hipp. de Mars. in l.* 1. 3. *quæst. n.* 29. *&* 30. *de quæst. & pract. crim.* § *postquam, n.* 15. *adde Gramm. dec.* 3. *Fach.* 9. *contr.* 6. *Moll.* 2. *semestr.* 1. *n.* 2. ubi etiam tradit explicationem vulgati proverbii: Vorladung bringts Geleyt mit sich. Quid verò si detegenti facinus per Principem promissa impunitate unus veniat, & socios revelet, successivè verò etiã reliqui veniant, an omnibus servabitur fides? Non nisi primo servandam putem, *arg. l.* 79. §. 1. *de V. S. Jas. in d. l.* 5. *nu.* 5. *&* 6. b) de qua semper pacisci licet, si personæ habiles sint, nec lex fortè in specie vetet, *arg. l.* 7. §. 14. *& seqq. hic.* jus verò publicum, privatorum pactis immutari nequit, *d. l.* 7. §. 16. *l.* 38. *ubi eleganter Cujac. ad Papin.* 2. *quæst. l.* 27. §. 4. *l.* 42. *hic, l.* 13. *de impens. in dot. fact. l.* 2. *de hom. lib. exh. l.* 71. §. 1. *de condit. & demonstr. l.* 8. *de R. I. l.* 18. *de jurisd. l.* 2. §. 4. *C. de jur. cal. Geil.* 1. *obs.* 84. *n.* 2. c) ut pactum in specie dictum, & contractui ut speciei contrariæ oppositum, in suis tamen terminis jurisgentium, hoc est, ad exceptionẽ validum, *arg. l.* 2. *in fi. de pœn. l.* 4. § *penult. de rejud. Cephal. cons.* 370. *nu.* 41. *Cuno. c.* 1. *n.* 19. non quoad considerationem originis, ut putat Rævard. 4. *variar.* 1. qua ratione pleriq; etiam contractus jurisgentium sunt. d) quò pertinent omnes contractus & pacta quæ in specie dicuntur legitima, *d. l.* 6. quorum exempla *ex l.* 12. *tab.* allegant Cuj. & Borch. Ex jure Cod. huc referimus *l.* 6. *C. de dot. prom.* quam *l.* adhuc hodie vigere, nec per *l. un. C. de rei ux. act.* sublatam esse verius est, *Coras. in l.* 19 *p.* 2. *n.* 104. *& seqq. de rit. nupt. Cuno p* 1. *hic, c.* 6. *nu.* 43. (*Diss. Don. ad d. l.* 10. *C. hic, n.* 10. *Connan.* 5. *comm.* 3. ubi tamen rectè ab hoc pactorum genere removet pactum compromissorium contra Giphan. *disp. hic, th.* 23.) *l.* 35. §. *fin. C. de donat. Nov.* 119. *c.* 1. *l.* 17. *C. de fid. instr. Sneid. post Dd. communiter in* §. *alia, Instit. de donat. VVes. par. ibid. nu.* 2. *Cujac.* 10. *obs.* 28 *in fin. Don. ad l.* 11. *C. hic. Clar.* §. *donatio, q.* 1. *nu.* 2. *Mozz. de donat. pr. Diss. Bocer. ad l.* 23. *de R. I. c.* 1. *nu.* 7. Item huc refero ex jure Prætorio constitutum, *l.* 1. *l.* 20. *de pecun. const. hypothecam, l.* 17. §. 2. *hic.* Jusjurandum huc referre

minimè placet, ut quidam volunt ex *l. 2. de jurejur.* ubi dicitur jusjurandum continere speciem transactionis, quæ est pactum: nam id de jurejurando dicitur ratione effectus, quòd scilicet jurejurando æquè ac transactione lites decidantur. Nec refero huc pacta de usuris argentario dandis, *Novel.* 136. nec de usuris quæ dantur privato, si vinum, oleum, frumentum creditum sit, *l. 12. C. de usur. Diss. Borch. in 2. pact. divis. n. 29. & seqq.* quę & ipsa quatenus causam habent, cujus favore à jure confirmantur, non ineptè contractus appellare possis, *Dd. vulgò arg l. 6. pr. hic. Don. ad l. 11. C. hic, & ad d. l. 10. n. 6 arg. l. 20. de judic. §. 1. Inst. de act.* quia non datur tertium, unde quis obligetur, nisi ex maleficio vel contractu, *l. 1 de obl. & act. l. 1. hic. (Diss. Bocer. disp. de pact. th. 8 & ad l. 23. de R. I. c. 1. nu. 7. Cujac. 11. obs. 17.)* interim tamen a priore contractus & pacta legitima differunt, quia in illis à principio, in his serius a pop. Romano receptum est, ut actionem pariant.

III.

Pactum in specie acceptum aliud est expressum *a*, aliud tacitum ex præsumta voluntate contrahentium *b*: utriusq; in gignenda exceptione par est vis & efficacia *c*.

a) in quo consensus est expressus, hoc est, literis aut verbis significatus, *l. 2. pr. l. 4. pr. & §. 2.* etiam ad interrogationem alterius, *l. 7. §. 12. hic. Wes. par. n. 7. (Diss. Jas. in d. l. 7. §. 4. n. 32.)* etiam inter absentes per epistolam vel nuncium, *d. l. 2. pr. ubi Cujac.* & subscriptio epistolæ scribenti ita præjudicat, ac si totā scripsisset, *Bart. Salic. Castr. Jas. in l. 47 §. 1. hic. latè Cuno d. tract. c. 14. per tot.* aliud est, si se subscribit nominatim ut testis, non ut principalis, *Jas. in d. l. 47. §. 1. hic. vide l. cum antiquitas, C. de testa. l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, verb. subscribere, de V. O. l. fidejussori, §. 1. de pign.* b) *d. l. 2. ubi Cuj hic. Wes. n 4* exempla vide *in l. 57. ubi Zas. hic. l. 2. §. 6. de dol. exc.* sic in prædium urbanum illata tacitè pignori sunt domino, *l. 4. hic, l. 2. 3. 4. in quib. caus. tac. pig.* (quod tamen in suppellectile libraria studiosorum rectè negant Dd. *in auth. habita, C. ne fil. pro patr.* nos etiā negamus in rebus minoris sine curatoris autoritate inductis, *arg. l. 1. qua res pign. l. fin. C. de leg. tut. l. 20. C. de adm. tut. Diss. Dd. in d. l. 4. Fr. Viv. 2. com. opin. 62. Negu. par. 2. de pign. memb. 4 n. 125. latè Jas. in l. 24. n. 210. & seqq. sol. matr. Chaldas in l. 3. C. de restit. in integr. verb. non absimilis, n. 40.*) quod in rusticis etiam prædiis recipimus, ita tamen, ut hic scientiam domini res illatas esse ad constituendum pignus requiramus, quod in urbanis secus habet *d. l. 4. l. 5. C. locat. ibiq; vulgò Dd. Dissent. post Cujac. Borch. d. c. 2. n. 10. vide etiam Forcat. necyom. dial. 23.* Elegans taciti pacti de non petendo exemplum est, si debitori meo chirographum reddidero, in quo ipse solus mihi obligatus erat, *l. 2. § 1. hic.* cui nō obstat *l. 24. de probat. vide Castr. ad d. l. 2. Conn. 5. com. 4. n. 2. adde l. 7. C. de remiss. pign. l. 59. de leg. 3. l. 44. §. 5. l. 84. §. 7. de leg. 2. Menoch. lib. 3. præsum. 140. num. 2. 3. 4.* Si reddidero id, in quo ipse & alius simul obligabantur, illi quidem, cui reddidi, remissum erit debitum: in personam verò alterius debitoris videbitur tacitè mihi procurator constitutus is, qui chirographum recepit, modò personam standi in judicio habeat, neq; pauper omninò sit, & ego dives, *Abb. in c. Eccles. ut lit. pend. Menoch. d. præsumpt. 140. num. 6. & 7. Duar. in d. l. 2. §. 1. hic. Diss. variè Dd. ibid.* quorum octo diversas ab hac opiniones refert Menoch. *d. loc.* Sin autem plura habuerim penes me de eodem debito chirographa, uno reddito non protinus censebor tacita pactione debitum remisisse, nisi id actum inter nos esse probetur, *arg. l. fin. de iis quæ in testam. del.* quam eleganter huc accommodat Duar. *in d. l. 2.* quia in effectu est

est unum instrumentum in pluribus chartis, inq; singulis totum, *l. unum, de testam. c. Ecclesia, de decim. adde Menoch. d. loc. n. 8. & 9. & 3. praesumt. 141. n. 12. Diss. Bart. Ias. ad d. l. 2. Canonist. ad d. c. ecclesia.* Pignore reddito an obligatio principalis perimatur, notavi infra *p. 2. disp. 1. th. 9. lit. D. in fin.*

IV.

Deinde respectu materiae pacta alia sunt in rem *a*, alia in personam *b*: cujus distinctionis hic usus est, quòd pactum in personam conceptum ad alium regulariter non producitur *c*: pactum verò in rem ad omnes eos pertinet, quorum principaliter interest *d*.

a) ut quoties generatim paciscor ne petam. b) ut cùm paciscor, ne à Titio petam. An verò pactio in rem an in personam sit magis facti, quaestio est? Adjectio etiam personae non semper personale pactum facit, quae interdum ideò fit, ut appareat, cum quo pactum sit initum: in dubio tamen in rem pactum esse dicimus *l. 7. §. 8. hic. l. 9. de probat. l. 8. §. 16. quib. mod. pign solv. Borch. in 3. part. divis. nu* 1. 21. & 22. (Diss. quidam qui addunt pactum mixtum, *ut Hot. 1. resp. amic. 29 arg. l. 57. hic.* rectè tamen ibid. Hotom. reprehendit Cujacii interpretationem *ad l. 40. hic.* quę extat 18. *obs. 2.*) obiter & hoc notandum, quòd regulariter pactum ejus negotii, cui apponitur, naturam induat, *l. 4. de usur. Wes. par nu. 4. Bart. Ias. in l. 7. §. 5. hic.* c cum venditore tamen & donatore initum, emtori & donatario, illis viventibus, prodesse Sabinus existimat, *confer l. 17. §. 5. ubi gl. & Cujac. hic. arg. l. 21. pr. eod. l. 8. §. ult. de peric. & comm. rei vend.* cui non obstat *l. 4. de novat.* ubi mors contigerat non vero usufructuario, sed ei cui is fuerat à proprietario delegatus, quo mortuo nihilominus penes verum usufructuarium manet ususfructus. d) *l. 21. §. fin. l. 23. hic.* unde ex reali debitoris pacto fidejussori quoque execeptio proderit: quin & ex personali, si maximè hoc duntaxat actum fuerit, ut ne à reo peteretur, *d. l. 21. in f. 1. arg. Nov. 4. c. 1. & auth. praesente. C. de fidejuss. Borch. in 3. pact. divis. num. 4. vide Geil. 2. obs* 27. quod posterius tamen de jure Digest. & Cod. secus fuit, *l. 22. hic. l. 5. C. de fidejuss. Diss. Accurs. in d. l.* 22. Etsi autem fidejussoris pactum regulariter (nam speciali ratione excipiuntur casus *l. 28. §. 1. de jurej. l. 13. §. 7. de accept.*) reo non prosit, doli tamen exceptionem habere potest, si hoc speciatim actum sit, ne à reo quoq; peteretur, *d. l. 23. l. 25. § ult. ubi Cuj. l. 26. hic. Borch. d. loc. n. 9.*

V.

Pacisci possunt omnes qui consentire: cumq; omnibus, quibuscum jus gentium commune est. Unde quidam natura pacisci prohibentur *a*: quidam lege, ut impuberes, qui sine tutorum vel curatorum auctoritate inefficaciter paciscuntur, nisi cómodum ipsorum agatur *b*: puberes verò etiam curatorem habentes sine ejus auctoritate obligari verius est *c*. De prodigis, quibus bonis à magistratu interdictum est *d*, idem quod de impuberibus statuo *e*.

a) *l. 1. pr. hic.* in quorum numero sunt infantes, *§. 9. Instit. de inut. stip. l. 12. ad l. Corn. de sicar.* quia ut intellectum, ita consensum non habent: item furiosi, *l. 5. l. 4. de R. I. §. 7. Inst. de inut stip.* quia eorum nulla voluntas est. Quid de pactionibus quas ebrii ineunt? Eas vulgò Dd. rejiciunt: ego non sine distinctione ebrium ex promisso

in ebrietate facto teneri affirmarim: ficut & ob delicta in ebrietate commissa pœnam remittendam aut mitigandam non absolutè concesserim: *vide Geil. 2. obser. 110. num. 23. & seqq.* præterquam enim quòd peccandi licentiam contra bonos mores utrunq; importaret, non debet rei illicitæ vacantem sua excusare improbitas, *l. 203. de R. I. l. 15. si quis omiss. caus. test. Tiraq. tr. de pœn. c. 6. Menoch. 2. arbit. q. cas. 326. Diss. Borch. c. 3. hic num. 14. & 15. gl. in c. unusquisq; 22 q. 4. per c. sanè, 15. q. 1.* Huc pertinet elegans distinctio, quam tradunt Alber. Gentil. *lib. 2. de legation. 13. Dauth. ad l. durantibus, C. de testam.* quòd quædam sunt delicta juris gentium, quædam juris civilis: nam jus civile ex eo, quòd delictum vel pœna dignum jure gentium non est, delictum facere, eique pœnam adjicere potest, ubi id necessitas Reip. exposcit: sic multis grassantibus opus est exemplo, *l. aut facta. §. fin. de pœn.* ita quæ jure divino aut gentium capitalia non sunt, jus nostrum capitalia facere potest: per ea quæ in simili tradit Farinac. *lib. 1. tit. 3. q. 17. n. 7.* sic admissa per ebrietatem per canones & leges non sunt capitalia: at publicæ utilitatis causa capitalia fieri possunt. ita Pittacus Mytilenus temulentos, si quid deliquissent, duplici pœna dignos judicavit, *ut refert Arist. 2. polit. 10. Alex. ab Alex. 3. dier. genial. 30. Laert. 1. de vit. Philos. 5.* quam legem septentrionalibus populis valde necessariam judicat Royz. *decis. Lithuan. 4. n. 343.* b) *d. §. 9. Instit. de inut. stipul. pr. tit. Inst. de aut. tut. l. 9. eod. l. 6. de V. O. l. 9. §. 7. si cert. pet. Nov. Leon. 39.* Sed in hac quæstione tota ita plenè est distinguendum. Pupillus sine tutore civiliter nunquam obligatur, *l. 43 de oblig. & act. l. 189. de R. I. l. 1. l. 3. commod. juncta l. 2. de fidejuss.* idque verum est, si jus antiquum respicias: effectum est enim primum D. Pii constitutione, ut locupletatus ex conventione pupillus civiliter conveniri queat, *d. l. 3. pr. commod. l. 3. §. 4. de neg. gest.* (quem locum tamen quomodo emendet Cuj. 13. *obs.* 7. vide) *Vult. 1. discept. 16. Cujac. ad l. 127. de V. O.* ubi ita cum hac assertione conciliat *l. 25. §. 1. quand. dies leg. ced.* ut mutet voculam NEC, quod reprehendit Robert. *2. rec. lect. 17.* sed respondet ei Cuj. 17. *obs.* 4. vide Gothoft. *ad d. l. 25.* Naturaliter verò tum demum pupillus obligatur, si ex conventione sit locupletior factus, *l. 13. in fi. l. 14. l. 41. de cond. indeb. l. 59. de oblig. & act. l. 5. §. 1. de auct. tut. vide Vult. d. c. 16. & 1 jurispr. 27. Cujac. ad d. l. 127. Pac. cent. 4 antin. qu. 10. Diss. diversimodè Dd. Fulgos. ad d. l. 41. de cond. indeb.* non posse in hac quæstione *ll.* contrarias conciliari ait *Bolog. ad rub. si cert. pet. n. 23.* ex mutuo non obligari pupillum, ex aliis contractibus obligari asserit. Accurs. Bart. & magis communiter Dd. distinguunt inter impuberem proximum infantiæ, & proximum pubertati, ut hic naturaliter obligetur, ille non item. *Bart. & Dd. in l. 1. de novat. sequitur Rob. d. c. 17.* (qua sententia stante quis sit infantiæ vel pubertati proximus ex malitia & doli capacitate arbitrio judicis statuendum verius puto, *argu. l. 4. §. 26. de dol. exc. l. 23. de furt. l. 111. de R. I. Menoch. 2. arbit. q. 57. nu. 19. & 44. cum seqq. Vigl. Zuich. in §. testes. Inst. de testam. nu. 11. 12. Covarr. ad clem. si furiosus, pr. p. 3. nu. 5. de homicid. & in epit. de sponsal. p. 2 c. 5. n. 5. Coras. 6. misc. 23.* omnium optimè Goedd. *tr. de contrah. & com. stip. c. 7. n. 204. & seqq.* ubi paulò ante prolixè plures Dd. sententias contrarias inducit & refutat. Diss. itaque vide ibid. & apud Menoch. *d. q. 57.*) Aliter Baro, qui jure naturæ non teneri, gentium jure teneri putat *ad l. 13. §. fi. de cond. indeb. Aliter Coras. 6. Misc. 22.* qui nimis scrupulosè inter obligari naturaliter & jure naturæ distinguit. Aliter denique Donell. *in d. l. 127.* obligari ratione rei in conventionem deductæ, non ratione personæ: quas sententias partim examinat Vult. *d. c. 16.* partim etiam Val. Franc. *d. c. 2. à n. 65. usq; ad n. 95.* Quomodo probetur pupillum vel minorem locupletiorem esse factum, vide Fachin. *2. controv. 45. & notavi infr. disp. 11. th. 9. lit. A.* c) *l. 101.*

verb.

verb.suis.de V.O.ubi Cuj. & 19.obser.33. Vult.1.jurispr.27.& 1.discept.16. ubi eleganter & novè explicat *l.3.C.de in integr.restit.* (Diss. Accurs. & vulgò Dd. *in d.l.101.* quorum sententiam tuetur *ib. Donell. & Gœdd.in l.21.de V.S. & tr.de contr. & comm.stip.c.7.nu.263. & multis seqq.Fachin.3.controv.9. Frider. Mindan. lib.2. de mandat.judic.c.62.th.4.novè post Robert.1.animadv.12.interpretatur d.l.100.Niell.disp.feud.2.th.4.lit.D.*) Non tamen poterit minor sine autoritate curatoris alienare res etiam mobiles, quæ servando servari possint, *Simoncell. de decret.tit.8.inspect.2.n.21.Vasq.de succ.creat.lib.1.§.10.n.74. Fachin.3.controv.1.* (Diss.alleg. ibid.) multò minus rei immobilis possessionem sine decreto judicis, *l.5.§.2.de reb.eor.qui sub tut.Rim.ad §.2.n.38.Inst.quib.al.non lic. Fach. 3.controv.2.* (*Diss.vide ibid.*) adeò ut ne quidem ob utilitatem pupilli alienatio absq; decreto facta de jure subsistat, *d.l.5.§.14.juncta l.13.d.tit.l.12. Cod. de præd.min.Fach.13. controv.3.* (Diss.vide ibid. adde Tiraq. *in LL.connub.gl.8.n.68.q.8.Simoncell d.tr p.2.inspect.17.*) *adde infra disp.7.th.2.in fi.disp.11.th.9 lit.A.in fi.* d) *facit l.1.l.10.de cur.fur l.6.ubi Bart.Ias.Duaren.Cuja.de V.O.arg.l.32. C.de appellat.l.18.ibiq; Alex qui test.fac.poss.Bal.in l.9.C.eo.Sich.in rub.C.eod.n.15.Vigl.in §.2.n.3.Inst.quibus non est perm.fac.test. Geil.2.de pac.publ.c.3.n.12.Val.Franc.tr.de fidejuss.c.2.nu.53. & aliquot seqq. Diss.post Acc. Fulg.Imol.in d.l.18.Donell.in d.l.6. de V.O.n.7. vide ibi. Alc.n.2.Walth.1.misc.8.* e) *d.l.6.l.40.de R.I.Nov.Leon.39.Borch.c.3.hic.n.11.*

VI.

Uxoris pactum marito factum valet, si modò donationem non sapit *a*: extraneo factum ab uxore sive sola *b*, sive ab uxore & marito simul, valet tum demum, si in utilitatem uxoris ex eo pacto aliquid versum est, vel si uxor cum marito alium sibi obligare voluit *c*. Deportatus verò ex sua persona rectè paciscitur, servus non item *d*. Et generatim alteri directò & per se pacisci nemo potest *e*, nisi pater filio ut heredi paciscatur *f*, quod tamen in dubio non præsumitur *g*.

a) *arg.l.20.21.de in rem vers.l.12.de præsc.verb.l.78.§.3.de jur.dot.l.5.§.5.de don.int. vir.l.11.l.21. C.ad S. C. Vell.l.18. quæ in fraud.cred. latè Cuno d.tr.c.6.per tot.* ubi *n.121.* etiam docet: stante consuetudine, qua inter virum communicantur bona tempore matrimonii adquisita, erruugene oder eroberte güter / valere tamen nihilominus conventionem inter conjuges, qua uxor renunciat lucro provenienti ex adquisitione facta vel facienda per maritum. b) nam aliâs uteretur adversus extraneum exceptione SCti Vellejani: fidejussio verò uxoris pro marito ipso jure nulla est, *Nov.134.* Quod autem de pacto ab uxore sola extraneo facto diximus, circa illud in usu fori practico notandum, apud omnes ferè Italos inolevisse, ut sine consensu mariti & proximorum fœminæ non obligentur, *Bald ad l.2.C.de resc.vend.qu 9. Ang. cons.191.incip super puncto.* idque propterea, quòd plerorumque locorum statuta administrationem bonorum mulieribus liberam esse nolint, *Myns.2.obs.34 Geil.2 obs. 111.Gœdd.tr de contr & comm.stip.c.7.concl.14.n.265.* quod a Græcis olim ad Romanos usu promanavit, *Cic pro Flacc.Cæcinn. Muren.Boët.ad 2.Topic.Cic.Gœdd.d.concl.14.nu. 266.* Quod multò magis de jure Saxon. dicendum est, ut nimirum uxor sine consensu mariti nihil donare vel alienare possit, quia illo jure bona ipsorum constante matrimonio censentur ab ipsis invicem pro indiviso possideri, *Zobel.1.diff.26.vide infra p.2.disp.6.th.7.lit.A.* c) *auth.si qua mulier, C.ad SC.Vell.Geil.2.obs.89.num. 1.Cuno.*

2.*Cuno.d.tr.c.7.* Quid ſi mulier in inſtrumento, cui unà cum marito ſubſcripſit, confeſſa ſit, vel notarius ex conſuetudine clauſulam apposuerit, ſie bekenne daß das geliehene Gelt / ꝛc. in jhren kundtbaren nutzen angewendet ſey? Præſumptio onus probandi à creditore transferet in ipſam, ut cogatur probare, non verſum eſſe, niſi velit teneri. *Cuno.d.c. 7.n.8.9.17. Ronchegal. in l.9. de duob. reis.* quod intellige de illo caſu, quando ipſa mulier obligatur ſimul ut principalis; aliud eſt, quando interceſſit vel pro marito, vel cum illo, quo caſu præſumptio eſt, totum mutuum potius ad maritum quàm ad uxorem perveniſſe, nec mulier interceſſiſſe creditur, *per allegata à Val.Franc. tr. de fidejuſſ.c.2.n.152.* d) *l.17.de pœn.arg.l.4. de ſtat.hom.l.22.pr.l.116.de R.I. Vult.1.diſcept. 12.Duaren.1.diſputat.9.Cujac.ad Novel.22. & 3.obſer.10. & in not.ad tit.Inſtit.de cap.min.* (nec diſſentit *l.5.de extr.cogn.vide Vult.diſc.12.*) Hoc tamen intellige quoties pactum legitimum proponitur vel nudum de non petendo, quo caſu domino exceptio doli inde veniens non denegabitur, *l.21.§.1.ubi gl.verb.nihil valebit, Bart.num.1.hic.l.17.de pœn.adde Borch.c.4.n.31.& ſeqq. Ravard.3. varior.5.* e) quia Reip. intereſt ſuas quemque res agere, *l.27.§.4.verſ.ante omnia,l.17.§.4.hic.l.73.§.fin.de R.I.l.56.de oblig.& act.l.9.C.locat.* etſi maritus uxori paciſcatur, *l.6.C.ſi quis alt. &c. l.19. C.de diſtr.pign.* exceptis tribus caſibus quos vide apud Cunon. *d.tr.c. 8.nu.14. & ſeqq.* f) ſc. ſuper ea obligatione, ex qua non poteſt filius niſi ut heres conveniri, *l.33.l.17.§.4.ubi Iaſ.n.4.hic.l.10. de pact. dotal.* atque ita uni ex futuris heredibus proſpici poteſt, ita ut cæteris non conſulatur, in iis ſcilicet quæ facti ſunt, non item in iis quæ juris, *arg.l. 24.de pact.dot.ubi Coſtal.d.l.33.hic, ubi Cuj.l.56.§.1.l.137.§.fi.de V.O. Diſſ.Alex.in d.l.17.§. 4.* g) *d.l. 17. §.4. ubi Iaſ. Diſſent. gloſſ. ibid.* Excipiendi tamen ab illa regula: quòd nemo alteri paciſcatur: ſunt etiam caſus *d.l.17.§.fin.l.18. 59 hic,l.22.C.eod.l.40. C.de tranſact.* Illud verius eſt, etiam jure Canonico regulam hanc ſubſiſtere, *ut notat Io.Fab. in § ſi quis.Inſtit. de inut ſtipul. nu.8.Soar.lit.A.n.173.& ſeq.Panorm.in c.12.de procur. Diſſ. Ant.Butr.in cap.7.de ſponſal.gloſſ.in c.quoties, 1.q.7.Ang.in §. alteri. Inſt.de inut. ſtip.num.2.*

VII.

Cum omnibus autem paciſci poſſumus, cum quibus jus gentium eſt commune *a*: & de re quavis, publica *b* vel privata, quæ naturali vel civili ratione in pactum deduci non prohibetur *c*. Generatim verò pacta illegitima licet juramenti interventu non convaleſcant *d*, in foro tamen conſcientiæ obligationem parere, adeoq; quoties juramentum acceſſit, ſervanda eſſe, cum Canoniſtis ſtatuo *e*.

a) pulchrè Hotom. *ill. q. 7.* quo in numero etiam ſunt peregrini, hoſtes. *l.17.in fin.de pœn. l.pen.de bon.damn.l.ult.de legat. Cic.3.off.Bodin.5.de Rep.6. Duar.ad pr. l.1.hic,Guib. Coſtan.lib.1. q. memorab.3. (Diſſ.Bar.Iaſ.& alii in l.5.hic. Zaſ.in apolog.contra Eck.)* item perduelles, transfugæ, *l.5.§.1. de cap.minut.* hæretici, latrones, piratæ, prædones, *l.31.depoſ.Cic.3.offic.Cæſar.lib.3.de bello civ. Plutarch.in Pomp.Dio lib.56.Tacit. 2.annal. Giphan.diſp hic.th.7.* quibus omnibus fides aut non temerè danda, aut data ſervanda eſt, *argum. cap.noli.23.q.1.l.21.§.fin.quod met.cauſ.Bodin.d.c.6.* Diſſent. de hæretico Canoniſt. & notum eſt exemplum Jo. Huſſi, qui contra fidem publicam ab Imperat. Sigiſmundo datam combuſtus eſt in concilio Coſtantienſi, 1415. Diſſent. de latrone & hoſte Bald.Ang. *in l.7.§.13 hic, Bart.in l.1.§.3.de dol.* quæ opinio & juri naturali

naturali (quia cum hoste jus gentium est commune, quo fides & pacta nituntur) & sacris literis (*Iof.9.2.Sam.21.2. Chron.36.Augustin.epist.1.*) & juri civili & omnium nationum institutis atq; usui repugnat, *Cic.3.de off. Hot.d.q.7.Giphan.disp.hic.th.26.adde Fachin.9.controv.*58. Adeoq; victus etiam victori justo hosti pacta etiam à se capto facta servare debet: vis enim si qua est, justa est, utpote à legitimo hoste illata, *Cic.3.de offic.Giphan.disput.hic,th.59.Dissen.Bart.in l.5.hic,Bald.cons.364.Alex.4.cons.48.Bodin.5.de Repub.6.* ubi (*pag.596.*) frustra excusat factum Francisci I. Galliæ regis, qui à Carolo V.Imp.captus, & certis conditionibus dimissus, juratò promisit eas vel implere, vel iterum in carcere se sistere, neutrum tamen fecit, quæ res acerbissimis Reipub. motibus ansam præbuit, *vide Sleidan.comm.lib.6.10.15.& passim.* b) unde Princeps ex pacto etiam cū hostibus, nedum cum subditis inito obligatur, quod ad contractus extendi multò magis velim, *arg.d.l.5.ubi Duar.l.1.hic,l.4.9.C.de LL.§.fi.Instit.quib.mod.test.infirm.Bodin.1.de Repub.8. Geil.2.observ.55.n.7.* quia in commutatrice justitia rerum duntaxat non personarum habetur ratio, *Wesenb.par. de just.& jur.nu.11.Diss.Ias.in l.7.nu.2.C.de prec.Imp offer.& vulgò Dd.* cùm de plenitudine potestatis loquuntur, abusi *l.31.de LL.de qua sup.disp.1.* Ex prædecessoris etiam pacto non tantùm in universum Principes Imperio subjecti vi hereditariæ successionis, sed etiam ipse Imperator obligatur, quatenus id de rebus ad Imperii statum directò pertinentibus initum fuit, *Bodin.d.lib.1.c.8.* distinguendo inter bona Principis patrimonialia & fiscalia, *vide Hotom.ill.quæst.1.Vult.1.Iurispr.12.n.78.& seqq.* de his enim rebus non tam Imperator pactus videtur, quàm per eum Imperium: licet igitur sublata sit Imperatoris persona, tamen ut salvum manet Imperium, ita illius quoq; ex pacto obligatio, *Dissen.Bald.in l.1.de const.pec.& alii.* c) *l.7.§.14.l.27.§.4.l.38.hic,l.26.de V.O.ubi Donell.Borch.d.tr.c.5.nu.57. Duar.hic,c.4. Pac.2.antinom.4.adde l.pen.C.eod.ibiq; Dd.Donell.n.2.l.1.& passim, de don.inter vir.* sic non valet pactum inter advocatum & clientem de quota litis, *l.litem, ibiq; Dd.C.de procur.l.6.§.fi.l.seq.ubi Fulgos.Salic.& Dd.mand.Cuno d.tr.c.fi.n.16.& seqq.* nisi juratum sit, *Guid.Pap.decis.190.per tot.* (*Dissent.Neviz.cons.21.n.22.*) vel post litem finitam interponatur, *Fortun.Gars.in l.5.nu.5.de pact Cuno d.loc.num.*18. Quid de pacto inter ægrotum & medicum celebrato sentiendum? Si moderatum & justum salarium excedat, certè tum non valere communius & verius est, *Pinel.in l.2.p.2.n.33. C.de resc. vend.Soar.lit.M.n.121.Peck.de testa.conj.3.n.6.Cuno d.tr.c.12.per tot.Diss.Cagn.in d.l.2.n.192.Bald.in l.13. C.de transf.n.5.Alc.nu.*20. Plura exempla pactorum injustorum & nullius momenti recenset Giphan.*disp.hic.th.228.& aliquot seqq.* d) *l.27.l.29. de R.I.l.7.§.16.l.38.hic.pulchrè Salic.ad auth.sacramenta, C.si advers.vend.* ubi ait, diversæ quæstionis hæc esse, an conventio per se invalida juramenti interventu fiat valida, & an juramentum sit servandum? e) *c.cum contingat, de jurej.ubi gloss.& Canonista.* vulgò tale fuit pactum quod Josua cum Gabaonitis contra legem iniit, cujus tamen violationem Deus gravissimè punivit, *Ios.9.ubi P.Martyr.& 2.Reg.21.vers.7.Diss.Legista communiter ad d.auth.sacramenta, Giphan.disp.hic,th.252.* Nec circa illud *c.cum contingat.* attendendum erit, an læsio sit medioeris, vel enormis, ut illo tantùm casu locus sit dispositioni, huic juris canonici, ut existimant communiter Dd. *Afflict.decis.322. Dec.cons.180.in fin.& cons.181. Bald.Nov.tr.de dote,p.7.privil.11.nu.14.Cephal.1.cons.34.Geil.2.obs.77.nu.9.* qui ita non consuleretur conscientiis illorum, qui jurarunt, adeoque falsum esse hoc placitum Dd. animadvertit Alc.*in d.c.cum contingat,n.223.Molin.addit.ad Dec.d.cons.180.Moller.1.semestr.43.n.6.ubi vide.*

VIII.

In pactis circa successionem alicujus interpositis sic distinguendum puto: Aut pactum interponitur affirmativum de succedendo, aut negativum de non succedendo. Illud est de successione vel ejus cum quo paciscimur, & non valet *a*, nisi reciprocum fuerit *b*: vel est de successione tertii, ejusq; vel incerti, quod valet *c*: vel certi, quod tum demum valet, si is consentiat, & in ea voluntate ad extremum vitæ exitum perseveret *d*: si verò tale pactum fiat tertio illo invito vel ignorante, prorsus erit invalidum *e*. Pactum de non succedendo jure civili non aliter valet, quàm si is qui paciscitur se non successurum tantum ab eo, cui pactum fecit, accipiat, quantum ei ex hereditate, cui renunciavit, debetur *f*. Jus verò Canonicum & notoria Germaniæ consuetudo juratas filiarum renunciationes admittunt, quibus illæ pactæ, se dote contentas fore, liberè hereditati paternæ renunciant *g*.

a) *pulchrè Petr. Gregor. 41. syntagm. 3. & 4. Diss. in genere Giphan. disp. hic, th. 244. & seq. qui indistinctè pacta de hereditate putat esse injusta.* Cur autem pactum affirmativum de successione ejus cum quo paciscimur, non valeat, ratio potissima est, quia in liberis reverentiam parentibus debitam evertit, & in universum captandæ mortis votum adfert, *l. 61. de V.O. Don. Alc. Hot. & alii in l. 15. & l. fi. C. hic, arg. l. 11. C. de transact. Fortun. Garz. d. tr. de ult. fin. jur. nu. 304. & seqq. Geil. 2. obs. 126. & seq. Borch. d. tr. c. 5. nu. 59. & seq. pulchrè Gœdd. ad l. 3. de V.S. n. 38.* quamvis si tali pacto juramentum accedat, multi existiment paciscentem servando promissa conscientię melius consulturum, quos sequitur Covar. *in rubr. de testam. p. 2. n. 15.* verius tamen est, eum ad hoc jure non teneri, *P. Greg. d. lib. 41. c. 5. n. 24. Gœdd. d. loc. Fach. 8. controv. 72.* b) maximè inter milites, *l. 19. C. hoc tit. Papo. 2. arrest. 1. Hotom. 1. cons. 72. num. 33. & multis seqq.* atq; ita pacta hereditaria, Erbverbrüderung/ quibus viri illustres inter sese conveniunt, ut alterius stirpe extincta ad alterum bona perveniant, jure subsistunt, *arg. d. l. 19. ubi Goth. Geil. 2. obs. 127. Hotom. d. cons. 72. nu. 33. & seqq.* ubi *nu.* 37. notabile exemplum ejusmodi confraternitatis vel successionis conventionalis allegat, Ducum nimirum Saxoniæ & Landgraviorum Hassiæ: itemque Ducum Saxoniæ & Marchionum Brandeburgensium (quia autem ditiones illæ feuda sunt Imperii, ideò non nisi cum consensu Imperatoris fieri talia pacta potuerunt:) quod idem inter conjuges fieri posse putem, *arg. l. 52. § 9. pro soc. l. 15. C. hic, Geil. 1. obser. 126. num. 2. Diss. Giphan. disp. hic, th. 250. & Peck. 1. de testam. conj. 8. n. 2. usq; ad fin.* c) *l. 3. § 2. pro soc.* quamvis ibi potius est pactum de communicando, si quid ex hereditate obvenerit, quod propterea valet, quia permissa est etiam futurorum bonorum societas: non autem prius dicetur res in societate esse, quàm communicata fuerit, *P. Greg. 41. syntagm. 5. n. 2.* d) itaque non promittit is, de cujus successione agitur, absolutè suam hereditatem, cùm ante mortem suam voluntatem mutare possit, & hic casus decisus est à Justin. *in l. ult. C. hic, ubi Gothofr. adde Cravet. cons. 42. in fin. Cephal. cons. 146. n. 6. Bologn. in d. l. ult. n. 57. 115. Menoch. 1. cons. 6. nu. 29.* e) *l. 29. § fin. de donat. l. 4. C. de inut. stip. arg. l. fi. C. hic, l. 34. C. de transact. c. 2. si de feud. def. cont. sit int. dom. & agn.* etsi cum filia ineatur quæ aliàs erat ab intestato successura, *l. 15. C. hic, ibiq; Dec. n. 4. Wes. cons. 51. n. 1.* etsi juratum

sit,

fit, est enim contra bonos mores naturæ, *c.58 de R.I.in 6.Geil.2.obs.125.nu.2.Borch.d.c.5.nu.66.* ut nec statutum vel consuetudo in contrarium admitti debeat, *arg.l.fi.C.de reb.al.non al.Geil.d. obser.125.nu.4.Sich.in l.3.C.de collat.* adeoq; pactum dotali instrumento interpositum, ut filia dote contenta sit, & frater in reliquis bonis patri succedat, si filia consenserit, eatenus valebit, ut tantùm ad supplementum legitimæ, si eam dos non adæquet, agere possit: si non consenserit, nec renunciaverit, imò etsi tantùm tacuerit, tum illa patris voluntas neque in vim pacti, neque testamenti aut dispositionis inter liberos valebit, *argu.l.3.C.de pact.convent.Moll.2.semestr.9.facit l.15.C.hic,l.3.C.de collat.Diss.Goth.in dd.ll.* putans illas abrogatas *per d.l fin.hic.* Quod si filia patre consentiente renunciavit, ab eo heres testamento facta, pacti etiam jurati exceptione non repelletur, *Geil.2 obs.148.n.11.Graff.§.successio ab intestato.q.10.num.8.* etiamsi in specie jurasset, se ex testamento non successurum, *Graff.d.q.10.n.9.Diss.vide ibid.* f) *arg.l.1.§.3.si à par.quis manum.l.35.§.2.C.de inoff.test.Zas.in d.l.61.num.25.Don.in d.l.fin.C.hic,n.10.Coras.7.misc.32.facit l.fi.de suis & leg.her.* statuto tamen vel consuetudine hujusmodi pactis robur tribui posse indubitatum est, & usus fori in Germania ostendit, *Ioh.Aurpach.2.sing.alleg.21.Graff.d.§.q.9.n.4. Tessaur.decis.225.nu.12.* g) *c.quamvis 2.de pact.in 6.ibiq; pulchrè Covarr. in relect.par.3.in princ. Geil.2.obs.39.n.23.& obs.42.n.9.per ea quæ tradit Ias.in l.6.de V.O.n.9. Dyn.in d.c.58.de R.I.in 6. Fach.8.contr.71.* de qua consuetudine renunciandi, & renunciationis clausulis atque requisitis, vide peculiarem tractatum Henr.Brculæi: eaq; pacta servari, si de dote filiæ data, & renunciatione ritè facta constet, tradit Geil.2. *obs.39.num.22.& obser.147. Mynf 1.obs.36.& 2.obser.7.Borch.d.c.5.n.61.& seq.* quod idem, si modò dos congrua sit, servat usus fori Saxonici, *Nov.Elect.Aug.p.2.const.35.ibiq; Dan.Moll.Modest.Pist.1.cons.19.q.2.n.33.* Nam & aliàs verius est, renunciationem hanc non aliter valere, nisi ut filiæ legitima, sive dos ad ejus quantitatem ascendens salva sit: quidquid dissentiat Fachin.3.*controv.24.& 25.* Illud hoc loco graviter controversum fuisse memini: An pactum ejusmodi filiæ præjudicet liberis ipsius, si filia fortè ante patrem, cujus hereditati renunciavit, decedat? Ubi consuetudine contrarium non receptum est, ibi placet filios ad avi successionem, matris renunciatione non obstante, cum avunculis admitti, *c.1.§.filii nati,si de feud.def.cap.1.de fil.nat. ex matr.ubi Cujac.arg.l.6.pr.de inj.rupt.l.9.§.2.de lib.& post.* & quòd filia ita renunciasse præsumitur, si successio ei fuerit delata, *arg.l.14 de novat.Marant.disp.10.nu.8.& seqq.Tiraq.de jure primog.q.40.n.113.& 120.Covar.d.c.quamvis,p.3.relect.§.2.nu.4.* Wes.*cons.11.n.14.Gothofr.ad l.3.C.de collat.latè Bald.ibid.& in d.l.fin.C.hic,Rol.à Valle tom.1.cons.11.n.4.17.& 23.Thomas Grammat.decis.57.n.39.* faciunt ea, quæ notat Menoch. *cons.401.n.89.& aliquot seqq.usq; ad n.98. Fachin 3.controv.23.* Diss.multi, quorum argumenta refert Mar. *d.loc.n.1.& seqq.* Alia quæstio est: an filia successioni paternæ juratò renuncians perpetuò censeatur exclusa? si soli fratres extent tempore renunciationis, iis ante patrem mortuis, tanquam sublato impedimento, cum fratrum intuitu renunciatum præsumatur, patri filia etiam ab intestato succedet. *Cov.d.p.3.§.3.n.4.Mar.d.disp.10.n.15.& seq.Geil.2.obs.148.nu.10.Graff.d.q.10.nu.11.12.Menoch.1.cons.6.per totum.* non item si solæ sorores, vel fratres & sorores simul extent tempore renunciationis: tum enim tamdiu excluditur, quamdiu aliquis ex illis patri superstes est, *Graff.d.q.10.num.13.14.Cov.d.p.3.§.3.n.4.vers.6.7.* (*Diss.Bald.1.cons.437.Crav.cons.42.nu.1.cons.475.nu.3.cons.974.nu.15.Cephal.cons.62 num.41.* ubi plurimos allegat. Alia ratio est decisionis, qua dicitur: renunciatione facta a sorore cum pacto, quòd mortuo Titio & Sempronio sine liberis liceat

sibi redire ad bona sua, conditionem evenisse, etiam uno istorum sine liberis mortuo: *arg. l. fin. §. 6. de legat. 2. Cacheran. decis.* 100. *Tessaur. decis.* 189 *ubi vide.* An verò filia quæ dotem congruam legitimæ loco accepit, auctis postea parentum facultatibus supplementum dotis petere possit, vide Schurff. 1. *cons. 69. Boer. decis. 3. num. 7. & 9. p. 1. & decis. 620. num. 14. & seq. Mynsi. d. obser. 36.* hodie in Electoratu Saxon. negativa prævaluit. *Nov. Elect. Aug. p. 2. c. 35. in fin. Diss. Dec. cons. 176. Decian. 1. cons. 54. nu. 22. & multis seqq.* Item: an ejusmodi renunciationes rescindantur ob læsionem ultra dimidiam, vide remissivè Menoch. *cons.* 401. *n.* 174. *& seqq.* & in casu læsionis enormissimæ, *Menoch. cons.* 112. *n.* 37. *& ibid. per tot.* & an hoc casu filia restituatur, vide Fachin. 8. *controv.* 69. *Nov. Elect. Aug. p. 2. const. 35. ibiq; Dan. Moll. (Diss. Geil. 2. obs. 147. ubi vide.)* Quod verò de filia dictum est, idem obtinebit in filio, qui pro legitima accepit certam summam pecuniæ, & hereditati renunciavit, *Covar. ad d. c. quamvis, p. 3. §. 1. num. 1. & in c. Raynut. §. 1. n. 8. vers. prima verò, de testam. Beust. ad l. 1. de jurejur. n. 125. Diss. Molin. in add. ad Alex. 5. cons.* 180. *Mynsi. 6. obs. 62.*

IX.

Pacta absolutè considerata obligationem naturalem producunt, eandemq; ipso jure tollunt *a*: civilem verò obligationem & ex ea actionem non pariunt *b*, etsi ad excipiendum sint efficacia jure Prætorio *c*.

a) *l. 5. §. 2. l. 95. de solut. Cujac. ad l. 1. hic.* Wes. *par. n. 4. & 9. eod. Borch. c. 2. num. 28. & c. ult. n. 61. Diss. Conna. 5. comm. 1. Baro ad l. 1. de V. O. Giphan. disp. hic, th. 182. per l. 7. §. 4. hic. l. 15. C. eod.* b) *d. l. 7. §. 5. hic,* Wes. *d. loc. Cujac. ad d. l. 1. 6. & 7. Borch. d. loc. & c. 6. n. 1. 2. & seq. l. 5. C. de contr. stip. l. 45. hic, l. 10. C. eod.* & jure Canonico quidem Alc. 5. *par. 3. Forcat. necyom. dial. 69. n. 5. Connan. 5. com. 3. n. 6. Sneid. tr. de pact. ad tit. Inst. de obligat. nu. 9. & 10. [illegible] in l. 7. §. 4. n. 5. & seqq. hic, Fachin. 2. contr. 99. Diss. vulgò Dd. per c. 1. & 3. de pact. Covar. ad d. c. quamvis, p. 2. §. 4. n. 24. Sich. in rubr. C. hic, ibiq; Bologn. n. 24* Wes. *hic, n. 9. Mynsi. § si scriptum, Inst. de inut. stip. n. 3. Borch. d. c. ult. n. 63.* Sed tamen consuetudine fit, ut stipulationum usu sublato pactum hodie civilem obligationem pariat, *Bocer. disp. hic, th. 6. & ad l. 23. de R. I. c. 1. n. 8. Conn. 1. comm. 6. Giphan. disp. hic, th. 182.* c) *l. 7. §. 4. & 7. l. 45. hic, l. 10. 21. C. eod. l. 1. C. de pact. conv.* Wes. *Cujac. Borch. dd. locis. Diss. Bocer. d. c. 1. n. 5. circa fin. & d. disp. th. 58.*

X.

Pacta in continenti contractibus bonæ fidei *a*, non etiam stricti juris *b* adjecta ex parte actoris insunt, actionemq; ejus contractus formant *c* cui adjecta sunt. Si contra substantiam contractus apponantur in continenti pacta injusta, ea ad exceptionem doli tantùm proderunt *d*: si justa, alius erit contractus, quod ex jure non appellatione contrahentium æstimatur *e*. Ex intervallo ita demum ad agendum adjiciuntur efficaciter, si re adhuc integra circa contractus substantiam fiant *f*.

a) *l. 7. §. 4. l. 31. hic, l. 13. C. eod. ubi Donel. Alc. & alii, Cuj. in d. l. 7. & 2. obs. 15. Borc. d. c. ult. n. 46.* b) *arg. d. l. 7. §. 5. d. l. 13.* ubi cum b. fidei contractus nominantur, sanè stricti juris contractus eo ipso excluduntur, *arg. §. 28. Inst. de act. Cuj. dd. locis, & 10. obs. 24. & tr. 8. ad Afric. in l. 24. de præscr. verb. Donel. in d. l. 13. Diss. gl. & Bart. in d. l. 7. §. 4. nu. 4. Ias. num. 3. Costal. in l. 40. si cert. pet. ibidemq; Duaren. Hot. ill. q. 37. & 1. resp. amic. 31. Cont. 1. disputat.*

disputat. c ult. plenè Bologn. in l. 20. C. hic, n. 23. & seqq. Gædd. tr. de stip. c. 8. n. 37. & seqq. ad de Fach. lib. 2. controv. 98. c) *l. 4 pr. de leg. commiss l. 2. 3. de præscr. verb. non obstat l. 2. C. de pact. int. emt. Alc. 5 parad. 1. Cujac. Borch. dd. locis. Diss. Bart. Jas. Duar. dd. locis, Azo in summ. C. de præscr. verb. num.* 10. *Fach. 2. controv.* 97. nisi sint odiosa, quo casu actionem præscriptis verbis competere, atq; ita conciliari puto, *l. 10. l. seq. de relig. & l. 6. l. 7. de serv. export. vide l. 7. in fi. l. 8. 9. 10. C. hic, Goth. in d. l. 8. Diss. Cujac. 2. obs. 37.* d) *l. 24. §. 1. de obl. & act.* e) *l. 6. §. 1. de act. emt. l. 6. de præscr. verb. l. 6. de solut.* elegantissimum exemplum vide *in l. 24. & l. 26. §. 1. depos. Tiraq. de retr. lignag. §. 1. gl. 14. nu.* 87. & §. 30. *gl. 1. n. 7. & seqq. Diss. Hot. 4. obs.* 10. ubi malè addit negationem textui *in d. §. 1.* f) *d. l. 7. §. 6. ibiq; Cuj. hoc tit. l. 27. de contr. emt. Borch. d. c. ult. nu. 56. Hot. ill. q. 36.* aliud igitur erit, si apponatur circa contractus adminicula, *d. l. 7. §. 5. vers. sed ex parte, d. l. 72.*

XI.

Tandem tolluntur priora pacta ab insequentibus jurisgentium pactionibus, non ipso jure, sed ope exceptionis aut replicationis *a*. Pacti autem obscuri interpretatio contra eum facienda est regulariter, qui apertius potuit dicere, sive emtor sit, sive venditor *b*.

a) *l. 27. § pactus 2. ubi Cuj. & Gothofr. h. t. l. 12. C. eod. ubi Donell. Coras. 2. misc. 16. vide & Hot. 1. amicab. resp. 29. sibi contrarium 6. obs. 13.* ubi non rectè *in l. 17. §. 2.* bis legit voculam TOLLITUR, sicut & idem Hotom. *9. obs. 3.* malè *in fi. l. 54. hic.* pro MORAM NON FECERAT, legendum arbitratur MORAM MIHI FECERIT, quod textus ipse satis apertus, & emendationem non indigens ostendit. Dissentit à thesi gloss. & Bolog. *in d. § pactus, n. 14. Cynus in l. 6. C. hic, & alii multi per l. 95. § naturalis 4. de solut.* cujus ferè tot sunt cum d. § pactus conciliationes, quot Interpretes. b) *l. 39. hic, l. 21. l. 33. de contr. emt. l. 172. de R. I. vide eleganter Hot. 2. resp. amic. c. 10. Diss. Cuj. 1. obs. 10. vide & Forner. 2. select. 18.* Sic pactum usurarum de trecenis menstruis refundendis, *in l. lecta, 40. si cert. pet.* non tantùm ad 15000. mutua, sed & ad 150. stipulationis pœnalis, æquissima ratione deducitur: quia creditor libertatem solvendi pensiones singulis mensibus transtulerat in debitorem: ut novè & eleganter docet Joan. Ant. Lescur. *ad d. l. lecta.* Diss. Azo, & qui eum non tantùm ex veteribus, sed & recentioribus sequuntur, Alciat. Zas. Connan. Duar. Balduin. Hotom. Donell. &c. Aliud est in judiciis, ubi, si quis ambigua intentione usus fuerit, id accipitur, quod ei fuerit utilius, *l. 66. de judic. Cujac. ad Papin. lib. 5. quæst.*

DISPUTATIO VII.

De Transactionibus.

Respondente Hermanno Kirchnero Herosfeldiano.

THESIS I.

TRansactio *a* est de re dubia *b* terminanda *c* pactio *d* non gratuita *e*. Et quidem pactum in specie, quatenus conventio illa in placiti finibus perstat *f*: re secuta seu data contractus esse incipit, & quidem innominatus *g*, nisi accesserit stipulatio: tum enim verius est statim contractum esse *h*.

a) ita per metonymiam dicta: nam si propriè loquaris, donatio & transactio causæ pactorum sunt, non pacta, inquit subtiliter Cuj. *ad l.1.hic, per l* 15.§. 4.*loc. l* 34.*C.hic.* Generatim verò & per analogiam transactio significat omne id per quod à lite disceditur, ut jusjurandum, *l.2.ibiq; gl. de jurejur.* ut sententiam judicis, *l.1.§. 1. quemad. test. ap. &c.* Jas. *ad rub. hic. Bart. in l.1.nu.2. pro emt. Duar. c.1. de pact. Baro in l.1. hic. Rebuff. ad rubr. eod.* id tamen non probatur *ex l.229.* de *V.S. Cujac. ad l.1. hic. Gœdd. in l. seq. eod. Forcat. necyom. dial.46. num.3. Diss. Bart. Jas. Sich. & vulgò Dd ad rubr. C hic. Duar. Baro dd. locis. Alc. in d.l.229. nu.2. aliter Acc. & Ferret. ibid.* qui transacta accipiunt quasi longo tempore præscripta. b) differentia à pacto superiori disp. explicato, & quidem perpetua quoad materiam, *l.1. h.t. ubi Borch. c.1. post Dd. vulgo. idem c.3. nu.1. & seqq.* & sufficit inter partes rem dubiam esse, *Rebuff. in d.l.1. nu.1.* & verisimiliter litem timeri, *l.2.C. hic. l.7 pr. & §.1. l.11. eo l.51. de pecul. Jas. & vulgò Dd. in l.32.C hic. Borch. c.3 hic, num.9.* Diss. aliqui, *ut refert gl. ad d.l.1. verb. quasi.* c) *l.7.17.19.C. hic. Donell. ad rubr. ibid. num.19* atque ideò transigi nequit de re judicata, ut postea dicetur. d) *l.1. ubi Cujac. l.3. pr. hic. l.11.13.17. & passim, C. eod. Donell. d. loc. pr. Wes. par. hic, in princ. Borch. d.c.1. num.5. & seqq. adde l.9. in fin. C. de contr. stipul.* Diss. vulgò Dd. qui absolutè transactionem definiunt contractum *per l.17. C. de fid. instr. l.5.C. hic, l. fi. C. de litig. Bar. & vulgò Dd. in l.7. de pact. ut refert Borch. d. loc. n.4. in fi.* e) differentia à pacto quoad formam, sed non perpetua: nam pactum etiam de re certa quantocunque pretio fieri potest. *l.6.§.3. qui not. infam. l.4. de jur. fisc l.1 & seqq. de calumn. Borch. d. cap.1. in fin.* & pactum nudum non semper gratuitum esse colligitur *ex l.41. & 45. de pact.* Hæc igitur differentia discernit transactionem à pacto donationis causa facto, *l.1. hic.* ubi Russard. Cisner. Duar. Borch. rectè legunt: (qui paciscitur donationis causa:) uno contextu, quod jam olim visus est velle Bald. *ad l.18. C. hic, num.2.* (Diss. vulgò Dd. quos refert & sequitur Delr. *ad d.l.18 in pr. num.7.*) Et hæc definitio perfecta est, *Azo in sum. hic, quem seq. Host.* eam communem dicunt Castr. & Dec. *teste Delr. d. loc. num.6. Diss. Alc. ad rubr. hic, num.2. ubi vide, & Goth. Loriot. de pact. axiom.77. Caccial. tract. hic, q.1.* f) *per ll. supra ad lit. D. allegatas*, aliud enim est conventio de dando ut res dubia remittatur, aliud datio ipsa & factum remittentis: atque ita cùm nudum pactum sit de dando ut lis remittatur, tum transactio est pactum, *l.2. ibiq; Cuj. l.15.16 hic, l.9.17.C. eod. Borch. d.c.1. nu.12. & 16.* g) *l.5. l.6. in fin. ibi: præscriptis verbis, l.33. hic, l.21.C. de pact. l.7.C. comm. utr. jud. l.3. 4.C. de rer. permut. Wes. d.n.2. Bart. & vulgò Dd. in l.28. C hic. Diss. Coras. 1. miscell.23.* ubi vult esse nominatum contractum, *quem sequitur Forcat. necyom. d. dial.46. num.6. vide Borch. tr. hic, nu.11. & seqq.* distinctione contrarias sententias conciliantem: aliter Loriott. *d. tr. ax. 79. & seq.* h) *l.6. arg. l.15. C. hic. Conan. 5. comm.6. nu.11. arg. l.2. hic.* (ubi stipulatio & pactum conventum, hoc est, nudum sibi eleganter opponuntur, ut significetur utroq; modo transigi, nec mutanda est ibi lectio vulgata, ut vult P. Fab. 1. *semestr.14.*) *l.17. C. eod.* Atqui dices, acceptilatio contractus non est, sed distractus, *l.1. de accept.* Resp. etiam id ipsum, quod super distrahendo aliquo negocio dubio per stipulationem convenitur, contractum esse, *argum. d. l.5. & 17. C. hic, Borch. d.c.1. num.15. latè Tiraq. de ll. connub. verb. contracter. gloss.5. num.5. & seqq. adde eund. de retr. lign. §.1. glo.14. n.65. Forcat. necyom, dial.46.*

II.

Transactio igitur fit vel nudo pacto, vel per Aquilianam stipulationem

a, &

a, & ab omnibus qui pacisci possunt *b*: etiam alieno nomine *c*: syndicus tamen nomine civitatis transigens ambitiosè rem liquidam remittere *d*: tutor vel curator transigens super negotiis pupilli sui non donare debet vel alienare res à lege alienari prohibitas *e*.

a) quæ omninò omnes præcedentes obligationes novat & perimit, ipsaq; perimitur per acceptilationem, *d.l.2.ibiq; Costal.l.4.6.15.40.C.eod.l.18. de accept.l.3.C. eod.Cujac.5 obs.36.Hot.3.obs.*18. Illud certum est, cùm transactio sit pactio non gratuita, *per supradicta th. 1. lit.* E. quòd in quavis transactione aliquid detur, *l.6.37.C.hic.* & ab altero accipiatur, *l.24.C.hic*, vel saltem altero promittente acceptetur, *l. 2.57. 38.C.hic*, & sine scriptura celebrari potest transactio, *l.28. C.hic, l.17. C.de fid. instrument.* etiam noctu, *l.20. C. hic*, (quo casu an propter non adhibita luminaria transactio irrita erit? Ita putat Acc. *in d.l.20.argum.l.1.§.10.de ventr. inspic.* Ego ex facto id judicem arbitrari debere puto, an res talis fuerit, in qua ex luminum defectu fraus adhiberi potuerit) etiam die festo, *l.fin.C.de fer.Geil.1.obser.53. num.*10. etiam juratò, *l.41.l.seq.C.hic*, etiam pœna adjecta, *l.15.16.hic,l.17.40.C.eod.* b) *Paul.1.sent.1. §.1.l.1. §.3.de calumn. Matth.Kloc.ad l. 18. C.hic, in præparat. c.1.* qui verò pacisci possint abundè diximus disp.præced. etiam corpore æger, *l.27. C.hic*, etiam mutus, surdus, absens, sed per nudum pactum tantùm, *arg.l.42.de procur.l.1.ubi Bart.Zas.Cuj. de V.O.* etiam pupillus sine tutoris autoritate, modò apertè rem suam meliorem faciat, *per not.disp.præced.* & infante major sit, *arg.d.l.1* Diss. Acc. *in l.6.rem pup.salv.for.* etiam minor sine autoritate curatoris, *arg.l.101.de V.O.ibiq; Cujac. Vult.1. disceptat.16.* An verò minor, si postea læsum se tali transactione intra tempora legitima probet, salvum habebit restitutionis beneficium? Ita puto, *arg.l.1.C.si adv.rem jud.l.9. §.4.de jurejur. facit l.44.de minor. Azo in summ. C.hic,num.*3. etiamsi jurata fuerit transactio, *argum. l.5.C.de LL.l.fin.C.de non num.pec. l.42. C. hic. Cyn.Salic.in l.2.C.de resc.vend. Bald.in l. 15.§.2.de jurejur.Butrig.in c.pen.de emt. vend.num.15.Diss.Dd.pleriq; per l.1. & auth.sacramenta,C.si adv.vend.Bart.in d.l.2.C de resc.vend.Geil.2.observ.41.vide Pinel.ad d.l.2.p.3. c.1.num.10.in fin.Donell.21.comm.13.Gothofred.ad l.9.§.4.de adq.rer.dom.* Excipiunt tamen Dd. communiter, etiam qui aliâs restitutionem contra transactionem minoris juratam admittunt, casum transactionis super injuriis vel morte patris, *Viv. 2. comm.opin verb.pacem,num.2.Soar.lit.P.nu.67.adde notata Clar.§.fin.q.58. nu.27. Cuno de pact.c.20.num.8.* idemq; dicunt, etsi tutor pupilli in casibus prædictis transegerit, *Viv.d.verb.pacem,num.1.Soar.lit.M.num.187.& lit.P.num.65.Kirchov cent.8.comm.conclus.57.adde Turzan.in comm. opin. nu.32.* ut nimirum utroq; hoc casu verius sit restitutionem non dari: modò non ex tali transactione manifestum dedecus pupillo aut familiæ inferatur, *Clar.d.q.58.num.27.Menoch.cons.145.nu.19. Cuno d. c. 20. nu.13. Sfort.Odd.tr.de restit.in integr p.2.qu.85.nu.50.* (*Diss.Nic.Moron. tr. de treugo & pace, p.2. q.48.*) c) quo casu speciale mandatum requiritur, *c.qui agendum, de procur.in 6. l.16.§.fin.de jurejur.Wes.hic,num.4* nisi procurator sit in rem suam, *l.55. de procur. gl.in l.7.C.hic.* Et quidem rectè transigit etiam omnium bonorum procurator, etsi mandatum cum libera non habeat, *facit l.58.& seqq.de proc.d l.17.§.fi.l.9.§.4. de adqu. dom. Cuj.in fin.tit.Inst.de rer.div. & in l.10.§.2.de pact.Duar.in l.1.§.20.de adq.poss.Don.4 com. 15.Diss.vulgò Dd.per d.l.58.& seq.ubi Costal.vide & Pac.2.ant in.qu.47.Vaud.1.quæst.47.* Procurator ad compromittendum constitutus nunquam rectè transigit, *l.10. C.de procur.arg.l.5.pr.mand.* H. Tortus & pleriq; recentiores *ad l.7. C.hic.Dissent. Doc. ibid.*

allo-

allegans pro se Alex. Corn.&c. procurator verò Cæsaris ita demum rectè transigit, si rem Cæsaris non alienet, *l.13. ubi gloss. & Dd.hic, arg.l.1.de off. proc.Cæs.P.Greg.3.syntagm.19.c.4.* Prælatus verò de rebus Ecclesiæ in præjudicium ejus aliter transigere nequit, quàm adhibitis solennibus in id requisitis, *c.2.de donat.c.4. de reb. Eccles. non alien.P.Greg.d.c.4.* d) *l.14 ubi Bart.de novat.l.14 ubi Alex.Bart.Salic.Donell.C. hic.Wes.n.4.hic.Geil.2.obs.72.Diss.aliqui per l.5.C.de usur.* sed ibi res est dubia. e) *l.22.ibiq. Dd.C.de pact.l.46.§.fin.de adm tut.l.7.& t.t. de reb.eor.qui sub tut.l.4.ibiq. Bart. C.de præd.minor.l.1.§.9.si quid in fraud.patr.Geil.d.obs.72.nec obstat l.56.§.4.l.54.in fin.de furt.* quæ loquuntur de transactione litis dubiæ, cujus eventus incertus oneri esse pupillo poterat, *Gothofred.in l.22.C.de pact.* Itaq; in re dubia minor autore curatore pacem cum adversariis suis facere potest etiã absq; judicis decreto, ut pulchrè per discursum probat, & ad contraria omnia accuratè respondet Farinac. *p.1.tit.2.q.15. à n.5.usq. ad n.15.* ubi omninò vide. adde Petreum *concl.crim.160.* An adversus pœnam tali transactioni adjectam pace per minorem rupta commissam, minor restituatur, dixi infra *disp.11.th.9.lit.A.*

III.

Patrem quoq; circa bona filii emancipati, imò etiam circa filiif. adventitia sine ejus consensu transigere non sinimus *a*, nisi fortè in iis causis, in quibus ei alienare licet *b*: sicut nec de dote filiæ nomine petenda aliter transigere pater potest quàm filia consentiente *c*. Aliud est in vasallo decidendi causa de bonis feudalibus transigente *d*.

a) *l.10.ubi Cuj.Cisner.hic,arg.l.18.§.3.l.15.in fin.de castr. pec. Loriott. tr. de pact. ax.96.facit l.fin.§ 3. C.de bon. qua lib.* ne fructuario detur potestas intervertendi proprietatem, *Salic.in l.12.C.hic.Diss.Acc.& Bald.in d.l.10. Fulg. Castr. Alex. Alc. in d.l.12. Geil.2.obs.72.nu.14. Duar. hic.c.1.* b) ita opiniones contrarias benè conciliat Cisn. *in d.l.10.n.5. Azo ad tit.C.de bon qua lib.n.9.& 10.Jas.in d.l.12. C.hic.* ubi rectè distinguit inter alienationem necessariam vel voluntariam. *Diss. Cujac. in d. l.10. hic.* dum simpliciter Accurs. opinionem rejicit. *adde Borch.hic,c.4.nu.11.Wes.hic, n.4. Pinel.in l.1.C.de bon.mat.nu.21.& 44.* c) *l.2.§.1. ll.seqq.sol.matr.* utilitatis tamen gratia receptum, ut filia furiosa pro consentiente habeatur, *d. l. 2. in fin.* aliter enim consuli ipsi commodè nequit, *Duar.Gothofr.ibid.* d) quo casu consensus domini non requiritur: non tamen ideò rectè vasallus transigit, ut prædium feudale quod ipse possidet, in alium transferatur, *Bald. Ysern.Alvar.&c. in c. un.de contr.int. vas.& al.Tiraq.de retr.tit.1.§.1.gl.14.n.66.* Feudistæ communius *ad c.un.de prob.feud.al. per Loth.Borch.tr.feud.c.8.n.44.& seqq.* Wes.*cons.80.n.13.Cujac.in c.un.si vasal.de benef. Diss.Schenck.ib.nu.1.2.3. per d.c.un. de contr.int.vas.& al.de benef.c.un.§.si vasallus,si de feud.defunct.adde Borch.tr.feud.c.8.n.44.*

IV.

Transigi porrò potest super re quavis dubia *a*, etiam post causæ conclusionem *b*, at non post rem judicatam *c*. Speciali tamen ratione transigere *d* prohibemur de eo quod testamento relictum est, nisi inspectis testamenti verbis *e*: sic neq; de futuris alimentis quavis ultima voluntate *f* relictis licitè transigitur *g* absq; causæ cognitione Prætoria *h*, nisi alimentorum causa melior facta sit *i*. a) *vide*

a) *vide th. 1. lit. B.* etiam super status quæstione dubia, etsi transactione id agatur, ut qui servus dicebatur, servus maneat, nec amplius libertatis suæ controversiam faciat, *l. ult. ibiq; Hot. post Bart. & Jas. C. hic. Cujac. 2. observ. 35. Diss. Acc. Alc. Don. ib. vide & Azon. in summ. num. 5. Duar. hic, c. 2.* Idem placet in causa status monastici, *Accurs. in d. l. fi.* modò res sit valdè dubia: nam aliàs simoniæ suspicio subeерit, *c. sicut, 39. c. fin. de simon.* (*Dissent. ibid. Canonist.*) at non idem propterea recipiendum erit in conjugio dissolvendo, *c. fin. ibiq; Dd. hic. Azo d. loc. num. 6. Alc. d. loc. num. 24. Sneid. eleganter in §. item si, num. 28. & seqq. Instit. de transact. Beust. tract. de sponsal. & matrim. p. 1. c. 29. Geil. 2. obs. 94. nu. 14. vers. hinc est.* aliud est si pro matrimonio transactio interponatur, *c. fi. hic.* aliud itidem est, si promissione conjugii non probata, super stupro & alimentis cum stuprata & sobole inde concepta transigatur, *vide Beust. d. p. 1. c. 30.* sive etiam super injuriis inter contrahentes sponsalia & tertium procum fortè ortis, *Beust. d. p. 1. c. 31.* b) quia tum adhuc incertus est & dubius litis eventus, *Lancellot. Dec. & c. in l. 32. C. hic. Dissent. Bart. Castr. Alex. Bald.* qui in hac quæstione allegatur ut contrarius sibiipsi, *vide Delr. d. loc. num. 175. & seqq.* c) vel jurejurando decisam, *l. 7. pr. ubi Cujac. l. 11. hic, d. l. 32. ibiq; Dd.* modò appellationis vel aliis remediis amplius dubia fieri nequeat, *l. 23. §. 1. de cond. indeb. Azo d. loc. num. 1. Myns. 4. obs. 14.* Et hoc in tantum verum putamus, ut ne quidem Aquiliana stipulatione de re judicata & ita certa transigi queat, *Donell. post Acc. in d. l. 32. num. 8. & seq. Dissent. Hot. ibid.* d) donandi enim causa pactiones inspectione omissa fieri posse verius est, *Alber. Fulgos. Castr. Jas. in l. 6. hic. Cisn. ibid. n. 7. Diss. Accurs. Bart. Ang. ibid.* e) quæ est exceptio *ad l. 19. C. hic, ut benè ibid. notat Gothofred. l. 6. hic.* quam ita extendi rectè puto, ut ne quidem sententia à judice ferri possit omissa inspectione. (*Dissent. Acc. & Bald. ibid.*) Hinc cautela promanavit in praxi, de qua post Dd. eleganter Geil. 2. *observ. 139. nu. 10.* nimirum, ut valeat transactio, semper faciendam esse mentionem de ipso testamento, & addenda verba: inspectis cognitisq; testamenti verbis, *confer l. ult. C. de reb. cred. ubi rectè Acc. & post alios Cisn. in d. l. 6. n. 4.* quòd ibi jusjurandum loco transactionis habeatur, transigi autem nisi cognito testamento nequeat. (*Diss. Ferret. Cuj. in l. 1. hic,* qui *d l. 6.* malè putant à Triboniano huic tit. subjectam.) Hic disputatum scio: an huic inspectioni partes renunciare possint? Non placet, cùm conventio illa sit juri communi contraria, Cisn. *in d. l. 6 n. 8. sequitur Bocer. hic. thes. 7.* vide etiam Butrig. Bart. Bald. Salic. Castr. *in d. l. 6.* (Diss. Acc. *ibid.*) nisi juramentum intervenerit: tùm enim esset conventio contra bonos mores civiles tantùm, *Kirch. 4. cent. conclus. 89. & alii alleg. à Bocer. d. th. 7.* (*Dissen. Cisner. d. loc. num. 8. allegans Ang. & Molin.*) Item quæritur: An dispositio *d. l. 6.* etiam locum habeat in testamento nuncupativo? Negant Alberic. & Fulgos. & sanè de eo Gajus *in d. l. 6.* non loquitur, ut apparet si conferas *l. 1. quem. testam. ap.* negamus & nos, sed cum hac distinctione, nisi aliunde litigatoribus non constet, quid in testamento nuncupativo contineatur, *vide Cisn. d. loc. n. ult.* f) futuris dico: nam de præteritis quis agere non potest, ideò de iis licitè transigit, *l. 8. C. hic. Cujac. in l. 8. pr. eod. ubi vide Costal.* Dico: ultima voluntate: quia aliud est in alimentis per contractum constitutis: testator alimentario, promissor sibi ferè consulit, ut solvat divisis pensionibus: unde alimentorum legatum multiplex, stipulatio una, *l. 29. in fin. pr. de V. O.* docet benè *Cujac d. loc. Duar. 1. disput. 44. Menoch. 2. arb jud. q. 170 nu. 2. & seqq.* (*Dissen. Robert. 4. sent. 19.*) *adde P. Gregor. 28. syntagm. 2. nu. 20. Borch hic, c. 3. nu. 28. Dan. Moller. 5. semestr. 42.* g) *d. l. 8. per tot. l. 8. ibiq; Dd. C. eod.* ne modico præsente contenti alimentari paulò post

contra testatoris voluntatem fame laborarent, maximè homines vitæ SEQUIORIS, *ut in d.l.8.§.11.ex Flor.legit Cujac.1.obs.3.contra Duaren.2.disp.31.Connan.5.comm.7.* qui segnioris: *Forner.2.select.5.* qui, nequioris, legunt: quod tamen ad summam rei parum interest, *Hotom.2.resp.amic.3.* Et neq; jurata talis transactio valebit, *Bart.Fulgos.in d.l.8.Bald.ad l.3.C.de collat.quæst.ult.* nec obstant Canones: aliud enim est jusjurandum esse servandum, aliud actum per se invalidum eo confirmari, *Bart.Fulgos. Cisn.ad d.l.8.nu.19.Diss.* Jas. *Alex. Ang. Dec.Alc. & Bart.sibi contrarius ad l.56.de fidejuss. Soar.lit.T.n.298.* h) vel in provinciis præsidial. *d.l.8.§.11.hic.d.l.8.C.eod.* non tamen arbitri compromissarii, *Bald.Castr. Salic. Alex. Alc.ib. Diss. Alber.Jas.ibi.Spec. lib.1.part.1.tit.de arbitrio,§.3.num.3.* quòd arbitria sint ad instar judiciorum redacta, quos rectè refutant *Alc.& Cisn.d.loc.per l.15.de re jud. & per d.l.8. §.18.* i) *facit d.l.8.§.6.vers.quid ergò, § penult.* ad cujus generalem clausulam ut transactio pro utilitate alimentarii accipiatur, rectè restringunt *§.ult. Accurs.in gl.ult.Bart.Bald.Castr. Fulg.Jas.Cujac.Cisn.ibid.* (*Diss.Baro in d.§.ult.* putans in habitatione secus esse quam in alimentis.) Id tamen ad alienationem rerum Ecclesiasticarum porrigi non debet, ut scilicet omissis necessariis requisitis rata sit, si modò Ecclesiæ conditio deterior non fiat: *facit l.14.cum auth.seqq.C.de SS.Eccles.tot.tit.de reb.Eccles.non al. Duar. c.3.hic.*(*Diss.gl.in d.l.8. §.6. verb.alimentarius,*) imò nec ad dotem facienda est hoc loco extensio: *facit l.14.§.1.ibi.in sola,de alim.leg arg.l.32.in fin.C.de appell.Salic.in l.28.C. de pact.* nam ratio eadem non subest, *Everhard.in loc.ab alim.ad dot.n.1.* (*Diss.Dec.in d. l.28.nu 8.& seqq. & vulgò Dd.*) Et quod de transactione super alimentis illicita diximus, idem de pacto asserimus, *Paul.1.sent.1.pr.ibiq; Cujac.in d.l.8 pr. Acc.* quem pleriq; veteres, & ex recentioribus Baro, Costal. Cujac. Cisn. sequuntur. (Diss. Fulgos.Jas. Don.*in d.l.8.C.eod.*Connan. *5.comm.7. arg.l.4. §.1. ad SC. Vellej.*) Sed an valet transactio de futuris alimentis, etiamsi jurata sit, si ei Prætoris vel magistratus decretum non accesserit? Valere tradunt Canonist. quos sequitur Covar. *in c.quamvis,de pact. p.2.§.6.nu.4.* Fachin.3 *controv.*21.alii negant, *ut Bart.in d.l.8 Bald.in l.pactum,q.penult. C.de collat.* quorum sententia de jure civili, quod expresè hoc casu causæ cognitionem desiderat, verior est.

V.

Transigere vel pacisci *a* de crimine capitali *b* (excepto adulterio *c*) prohibitum non est *d*: in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet *e*, citra falsi accusationem *f*.

a) *l.18. C. hic.* ubi primò notandum, quòd hæc lex in actorem, non reum transigentem concepta sit: *arg.l.1.14 hic,l.16.C.eod.Don.hic, n.5. Kloc.ibid. in preparator.c.2.adde notata P.Fab.ad l.41.& 125.de R.I.*(*Diss.Hotom.ill.q.23. Alber.de Gandin.tr.de malef.rubr.de transf.in mal. num.1.* qui de reo tantùm accipiunt) *Fachin.1.controv.8.* qui post Alc.& Jas.tam de reo, quàm de accusatore accipit.) ratione sanè effectus verum est utriq; prodesse transactionem, *vide Donell.hic,nu.3.4.Delr.num.62.& seq.* An verò ante vel post judicium cœptum licitè de crimine transigitur? Distinguo: reo utroq; tempore in sanguinariis licet pacisci gratis, *Kloc.d c.2. Donell hic,num.11.12.21.& seq.* imò in adulterio etiam licet ei transigere data pecunia, *Kloc.p.2.c.2.in fin.* quod post cœptum judicium actori non licet, *d.l.18.*(cujus rei ratio postea exponetur) nisi impetrata abolitione, *l.10.C.ad leg.Jul.de adult.l.2.C.de abolit.Kloc.hic,p.2. c.3.* In nō sanguinariis autem uterque tam actor quàm reus tantùm ante cœptum judicium licitè

citè transigit: *per l.1.§.4.ad Turp.(Diss.Hotom. d. c. 23.)* & verò de actore post cœptum judicium transigente tota hæc *l.18.* exaudienda est:& sic *in l.6.& 7.qui not.infa.* actio intelligenda est de causa jam ordinata, *arg.l.15.rem rat.hab.* & ita nihil obstant *l.ult. de pravar.l.4.29.34 de jur.fisc.Wes.hic,num.5.Kloc.ad hanc l.p.3.c.2.Diss.variè Dd.* aliqui indistinctè utriq; permittunt transactionem in sanguinariis, *Dec. Alc.in l. 2. C. hic. Nic.Vall.tract.17.de reb.dub.* alii utriq; post cœptum judicium tantùm, post Dd. *vulgò Clar.§ fin quæst.58.adde Geil.1.de pac.publ. c.11.n.18.* b) hoc est sanguinis,& inde mortis pœnam ingerente, *arg.l.ult.de pravar.* & facit ratio hujus decisionis quam omnes petunt *ex l.1 de bon.eor.qui ante sent. Delr.hic, nu.35.& seqq. Connan.5.comm.7. Cujac 6.observ.11.Dd.ad d l.18.C.hic.* Non ergò locum habet in omni pœna qua sanguis effunditur,ut malè voluerunt Bart.Bald.Curt.sen.Purpur.*hic.* Valasc. *in l.3. de jurisd.num.*168.atq; ita non in fustigatione, Bald. Roma. & alii relati à Delr. *num.41. Mar.p.4.dist.2.num.2.facit l.103 de V.S.ibiq; Gœdd.num.4.l 4. §.1.si quis caut.l.13 de bon. poss.(Diss.Salic.Alex.Alc.hic.Clar.§.fin.quæst.58.)* nec in membri mutilatione, aut pœna perpetui carceris, *latè Menoch.1.arb.jud.quæst.86.Delr.nu.44.*(Diss.vulgò Dd.)Dissentit à thesi aliter Rævard. *4.var.6.quem refellit Delr.nu 23.aliter Hotom.ill. q.23.* ubi malè transponit negationem *in prnic.d.l.18.* c) d.l.18.quia de eo nominatim L.Julia vetabat pacisci, *l.10.C.ad leg.Jul.de adult.l.29.§.2.eo Gov.1.var.30.Cuj.19.obs.39. Græci in lib.60.Basil.tit.37.pulchrè Kloc.d p.2. c.2.* pœna *leg. Jul.* exasperata est,nomen & res mansit eadem, *vide A.Fab.2.conj.20.(Diss.Hot.d.q.23. Delr. n.72. & seqq.* ex parte Cuj.*6.obs.11.* Ræward. *d.c.6.* nec verò l.Julia adulterium capitale fuit, *rectè Cuj. d. c.11. Hot.d.q.23.Briss.lib.sing.ad leg.Jul.de adult.Revard.d.c.6.Kloc.d.p.2. c.1* (Diss.vulgò Dd. *Gœdd.in l.101.nu.4.de V.S. Alc.5 parad.8.)* sed sub Constantino Magno tale esse ordinariè cœpit *l.30.C.ad leg Jul de adult.Briss.d.lib.sing.pag.181.Ravard. d.c.6. Conna.d.c.7. Kloc.d.p.2.c.1.vide Fach.d.c.8.*ibi venio ad secundum, *Novel.134 c.10.pr.verb.quas Constantinus.*(Diss.iterum variè varii:alii ad Constantium &Constantem hoc referunt, *arg.l.4 C.Theod.quor.app.non recip.Cujac 6. obs.11. & ad Nov.134.* aliqui Alexandro asscribunt, *vide Gothofr.in l.9.C.ad l.Jul.de adult.* alii ante Diocletianum id factum testimoniis corrasis probare satagunt, *ut Delr.hic, nu.104. & seqq.* Itaq; vel Triboniani,ut voluerunt Donel.*hic,nu.6.*Brisson.*d.lib.sing.c.17.*Cujac.*6.obs.11.& 19.obs.penult.* Wes.*hic,nu.5.*vel alterius glossographi opera illa verba:(excepto adulterio)hic adscripta sunt, *A.Fab.2.conj.20.(Diss.Hot.d.quæst.23.)* Nec hodie tamen transigere licet de adulterio,vel pacisci, *d.l.10.C.ad leg.Jul.de adult.(Diss.Azo & Fulgos per Novel.134. cap.10.)* tum quòd id olim non licuerit, & novæ constitutiones strictè accipiuntur, *Cujac.d.obs.11.& 10.obs.12.& 19.obs pen & 20.obs.19.& ad l.8.hic. P.Fab. ad l.168. de R.I. Conn.d.c.7.n.3.Alc.5 parad.8 Borch.hic,c.3.n.72.* quod tamen improbat *Kloc. d p.2.c.3.* & ipse *ex d.l.30.C.ad leg. Jul. de adult.* hanc rationem adfert, quòd hodie conjunctis tantùm necessariisq; personis hujus criminis accusatio permittatur. *Diss. Wes.par. ad leg.Jul.de adult nu.10.Cujac.20 obs.22.& in not.post Inst.de pub jud nu.3.)*quibus turpissimum sit vindictam opprobrii domestici pecuniario commodo postponere, *l.11. §.3.l.29.§.3.ad leg Jul.de adult.* Usus tamen fori observat, præsertim de jure Saxon. ut si conjux innocens conjugi adultero cohabitare velit, tum reo sanguinis pœna remittatur: nisi in casu der Ober Hurerey/ ubi conjugatus cum alia conjugata & contra consueverit: quod ipsum speciem quandam transactionis habere videtur, sed in honorem matrimonii fieri censetur, *vide Novel. Elect. Aug p.4. c.19. ibiq; Dan.Moller. adde Beust.tr.de sponsal.& matrim.p.2. c.18. & 19.* Tandem super stupro licitè transigi,

L 2 non

non obstante hac lege, verius puto, *arg.* §.4 *Instit. de publ. jud. Coras. 2. misc. 1. nu.* 5. *Clar. d. q.* 58. *num.* 14. *Alc. ad d. l.* 18. *nu.* 26. *adde notata supra th.* 4. *lit. A. in fin.* (*Diss. Delr. in d. l.* 18. *num.* 108. *Donell. ibid. num.* 18. d) quia ignoscendum ei est, qui qualitercunq; sanguinem suum redemtum voluit, *d. l.* 1. *de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. de pravar. Cic. pro Mil.* ne videatur sibiipsi manus intulisse, si ex tali pacto pro confesso habendus esset, *Conn. d. c.* 7. *n.* 2. *aliter Kloc. hic p.* 1. *c.* 2. Idq; hodiernis moribus in Imp. Romano etiam in causis fractæ pacis publicæ verum est, *Mynf.* 2. *obs.* 79. *Geil.* 1. *PP. num.* 13. *& seqq. & lib.* 2. *c.* 18. *num.* 1. Jure Saxon. super furto, rapina, & aliis famosis actionibus transigentes fiunt infames, Landrecht *lib.* 1. *art.* 37. *& art* 65. *& lib.* 2. *art.* 13. *Zobel. par.* 4. *diff.* 34. quod tamen commodè intelligi potest secundùm ea, quę etiam de jure civili dicuntur *disput. prox. seq. th.* 5. *lit. H.* An & quatenus de homicidio transigere liceat, latè in utramque partem, tam de jure communi, quàm Saxon. tractat *Nicol. Reusn. decis.* 20. *per totum, ubi vide.* & has compositiones quotidie fieri usus docet, & testatur Petrej. *thes. crim. conclus. num.* 158. & pecuniam, quæ datur filiis vel agnatis occisi, vindictam appellari, vulgò Mann oder sühne Geldt / vulgò est notum. Hoc notabile: sicut de jure Saxon. ad vindicandam necem defuncti proximus agnatus tenetur, ita ut ulteriores agere non valeant, nisi ipso tardante, & hereditatem omittere volente, *Nicol Reusn. d. decis.* 20. *num.* 18. *& seqq.* (licet hanc pœnam, ut non vindicans necem defuncti hereditate ejusdem indignus censeatur, penitus ab aula recessisse, & usu nō servari dicat Clar. §. *fin. quæst.* 79. *num.* 9.) ita eodem jure pecuniam illam, das Manngeldt / ille tantùm recipit, qui egit, reliquis exclusis, *Zobel.* 4 *diff.* 32. Itaque si fœmina, masculis cognatis omittentibus, egerit, puta soror, vel cognata, illa etiam hanc pecuniam recipiet, *Zobel. d. loc. Dan. Moller. ad Novel. Elect. Aug. p.* 4. *c.* 11. *num.* 5. Nam mulierem etiam ratione propinquitatis, si reliqui cessent, transigere posse etiam de jure civili verius est, ut latè post Gomez. Plat. Foller. Boss. & alios probant Cuno 1. *de pact.* 10. *nu.* 27. *Reusn. dec.* 19. *per tot. Harprecht. ad tit. Inst. de pub. judic.* §. 1. *num.* 13. *& seqq.* Et in genere talis transactio, etiam absq; magistratus assensu facta, jus deinceps accusandi adimit transigenti, & instantiam cœptam perimit, *Reusn. d. decis.* 20. *n.* 37. Aliàs, si ex officio magistratus procedat, quod etiam in delictis dolo maximè admissis facere debeat, tunc ei hoc totum quod de transactione hactenus diximus, sicut & tertio cuivis nihil præjudicat, Con. *d. c.* 7. *pulchrè Delr. hic num.* 59. *& seqq. Fachin.* 1. *controv.* 9. *arg. l.* 2. *C. de abolit. l.* 5. §. *ult. ad leg. Iul. de vi publ. adde Sneid. in* § *quadrupli, num.* 22. *Inst. de act. Coler. de process. execut. p.* 2. *c.* 3. *nu.* 101. quam communem sententiam rectè ad praxin accommodat *Clar. d. q.* 58. distinguendo an ad querelam partis, an ex officio judex procedat. *adde Marant. p.* 6. *nu.* 76. (*Dissen. Cujac. d. c.* 11. *Ravard. d. c.* 6. *Bart. ad d. l.* 18. *Curt. jun. ibid. num.* 27.) sanè si ille, ad quem propriè potestas agendi spectat, transegerit, ut de jure Saxon. super homicidio proximus cognatus, per hoc omnibus aliis via agendi præcluditur, *arg. l.* 5. §. *ejusdem, de accus. Reinh. p.* 1. *diff.* 46. *Farinac. prolixè lib.* 1. *tit.* 2. *quæst.* 13. *&* 14. *per tot.* salvo tamen, ut antè dixi, judicis officio, quod etiam tertius invocare potest, non litem ipsam, ut actor, hoc casu suscipere. Itaque ad pleniorem effectum in ejusmodi transactionibus inprimis est necessaria auctoritas magistratus, *ut notat Ias. in d. l.* 18. *C. hic. num.* 19. *per l.* 6. §. 4. *qui not. infam. & l.* 17. §. 1. *de pact.* maximè de jure Canon. *ut notat P. Gregor.* 28. *syntagm.* 2. *num.* 13. Illud hìc acriter controversum fuisse memini: An transactio cum parte agente facta saltem eò usq; magistratui præjudicet, ut is ex officio procedens non pœnam sanguinis, sed aliam mitiorem dictare tali casu debeat? Ita volunt Bart. *in d. l.* 18. *nu.* 7. *Curt. jun. ibid. nu.* 29.

ubi

ubi hanc sententiam communem & in puncto juris veriorem dicit: eamq; in regno Castellæ passim observari testatur Gomez.*d.c.3.num.55. & seq.* Diss.tamen ipse Gomez.*d.loc.*rectè in contrarium allegans *l.5.§.2.ad l.Iul.de vi publ.* & hanc magis communem testatur Clar. *d.q.58.Farinac.libr.1.tit.1.quæst.4.n.34.* Ego considerata juris ratione priori sententiæ in delictis levioribus locum esse non ambigo; posteriori autem in atrocibus, quæ nec apud DEUM, nec apud homines excusationem habent. Et ita Romæ servatum fuisse testatur Farinac.*d.n.34.* & alii quos allegat & sequitur Bajard.*in addit.ad Clar.d.q.58.n.12.in fi.& seqq.* Eatenus igitur tātùm valebunt statuta, quæ passim in Italia & alibi repetiuntur, quibus cavetur, ut pace ab offensa habita mitior pœna imponatur; *per modò deducta.* (*Diss.Dd. vulgò*, qui ea indefinitè valere & servanda esse contendunt, *Ganden.hic,n.13.Clar.d.q.58.vers.sed punctus,Gomez.d.c.3.n.56. Farinac. d.q.4.n.35.*) Cautelas quasdam circa ejusmodi transactiones vide apud Jas.*in d.l.18.n.20.* e) quia cessat ratio *d.l.1.* & quia actor ita transigens incideret in pœnam Turpiliani, *l 1.de jur.fisc.l.2.C.ad Turp.* & reus pro confesso habetur,*l.ult.de prævar.Kloc.p.3.cap.1.& 3.*imò nec donandi causa pacisci licet hoc casu, *Kloc.d.c.3. Delr.n.135.arg.Paul.1.sent.1.pr.Cujac.d.cap.11.gl.Cyn.Salic.in d.l.18.Diss.Azo.Odofr. Alberic.ibid.* Et utrumque verum est etiam in criminibus omissionis,per rationem allatam à Delr.*num.136.in fin.(Dissent.relati ibid.)* etiam cùm de privato delicto criminaliter agitur,*Bar.hic,n.14.& seq.Clar.d.q.58.vers.sed hic quæro.Fachin.1.contr.9. Diss.Alber.ibid.n.22.* f) citra,hoc est sine: & ut dixi,quin actor ita transigens incidat in accusationem falsi, & pœnam SCti Turpiliani, *l.1 §.10. vers.atquin.l.5.ad SC.Turp.l.5.C.eod.Alc.in d.l.18. Nic.Vall. d tr.17. de reb. dub. Briss.lib.3. de V.S.verb.citra, Hotom.ill.q.23.latè Donell.in d.l.18.pulchrè A. Fab.2. conj.20. Kloc.in d l.18.p.4.per tot.Loriott. de pact.ax.102.* eodemque inclinat Wesen.*par.hic,n 5.* (Diss.vulgò omnes *ad d.l.18.Græci eclog.11.Harmen.1. epit.tit.10. eosq; secutus Cuj.6.obs.11.& 19.obs pen.Delr.nu.141.& seqq.Borch.d.c.3.n.93.& multu seqq. Gov.1.var.lect.30.Fachin.d.c.9.* qui CITRA intelligunt exceptivè pro PRÆTER.) Sententia superior probatur tot locis, quibus (citra) pro (sine) dicitur, quos congessit Briss.*d.libr.3. Brederod.in thes.verb.citra.Kloc.p.4.c.1.pulchrè Giphan.disp. de pact. thes.175.* ubi hanc sententiam rationibus & textibus confirmat: nec verò vocabulum CITRA unquam exceptivè in jure nostro legitur, nisi fortè *in l.un.C.de rei ux.act.* quæ Justiniani est, & Græcismum sapit. (*Diss. Cuj.Borch.dd.locis.*) De falso igitur cùm civiliter agitur, transigere licet semper: nec enim tum Resp.læditur, *Hot.d.q.23.Kloc.d.p.4.c.3.* atq; eatenus vera est assertio Gov. *1.var.30.Conn.d.c.7.n.3.Cuj.d.obs.11. & 19.obs.pen.Delr.d.n.141.& seqq.Borch.d.nu.94.& seqq.*Wes.*d.n.5.ad fin.* cùm criminaliter de falso agitur,transigere non licet post cœptum judicium,ne judicium publicum vendatur, *Hotom.d.q.23.Kloc.d.c.3.* atq; eatenus verissima est sententia,*Alc.hic,n.71.& 5.parad.8.& seqq.Briss.d.lib.sing.ad l.Iul.de adult.c.17.Don.hic,n.13. & seq. Revard.4. var.6. A.Fab.d.c.20.* Qua distinctione non observata verum est, neque Dd. suæ exceptionis rationem adferre posse, ut fatetur Gov.*d.c.30.*licet varias collegerit Delr. *d.n.149.& seqq.* nec verò falsi in se considerati pœna capitalis ex l.Cornelia, *Paul.5.sent.15.l.3.§.1.de decor.*sed in viles personas,& ex aliis circumstantiis variè ex SCtis & constitutionibus pœna falsi fuit intensa, *Kloc. p.4.c.2. Diss. Hotom.d.q.23. Cuj.19.obs.39.* Obiter & hoc nota:rectè ut diversa separari, de falso instrumento, hoc est in eo contentis transigere, & de falsi crimine transigere,ut eleganter post Briss.probat A.Fab. *d.c.20. Diss. Cuj.6. obs.11. Delr.n.146 & seq. per l.7.C.de fals.*ubi de falso instrumento transactum est,sed in causa pecuniaria. Generali-

neraliter hîc notãdum: hodiernis moribus in delictis etiam pœnam sanguinis non importantibus, atq; ita indistinctè transactiones eatenus admitti, ut jus inter partes faciant: idq; ita usu forensi observari tradit Clar. *d.q.* 58. *vers.secunda regula, ibiq;* *Bajard.in addit.n.*22.quod intellige,salvo jure magistratus,*ut suprà ad lit.D.in fin.* alicubi hoc totum quod de transactione circa criminalia diximus, singularibus locorum constitutionibus variatur,ut de regno Neapolitano notat Marant.*p.6.num.*73. *& seq.* An verò & quomodo magistratus componere accusationes super delictis, vel etiam reos aggratiare possit (ut loquuntur Dd.) adde latè Farinac.*libr.*1.*t.*1.*quæst.*5. *per tot.*

VI.

Ad transactionis effectum pertinet, quòd stricti sit juris, sive specialis ea sive generalis sit, tamen non extendatur ad ea, de quibus probabiliter actum non fuit *a*, quod rei judicatæ instar obtineat *b*, adeoq; non rescindatur facilè *c*: quod transactio, quatenus in placiti fine stetit, & nudo pacto facta est, tantùm ad exceptionem prodest, ut quodlibet aliud pactum nudum *d*: si verò vel datione, vel remissione litis ab una parte effectum sumserit, quòd tum contra alterum ad implementum transactionis agi possit præscriptis verbis *e*: vel etiam stipulatus actione, quoties Aquiliana stipulatio intercessit *f*.

a) *l.*8.*§.*12.*ubi Cuj.hic,l.*31.*ubi Alc.Don.C.eod.*itaq; de injuria illata transigens damni accepti persecutionem non videtur remisisse, *argu.l.*7.*de cond.fur.l.*21.*de serv.urb.l.*20.*de serv.rust. vide Mynsf.*4.*obs.*10. etsi transactione facta de negocio principali remissæ videntur expensæ litis,*c.accessorium,de R.I.in* 6. nisi ratione contumaciæ debeantur,*arg.tit.si quis jus dic.non obt.Dd.in l.*3.*§.*2.*de leg.*3. *adde Geil.*1.*obs.*151.*n.*14.*Mynsf.* 4.*obs.*48. b) unde quibus ex causis à re judicata,ex iisdem à transactione resilire licet,*l.*20.*ibiq; Dd.C.hic.*voluntate tamen utriusque partis causa ex integro agi potest, *l.*14.*C.hic.* quia judicium redditur in invitum: de novo transigi non potest, quia transactio incipit à consensu, *vide gl. & Don.ibid.* Intellige tamen hoc de transactione vera & legitima, in qua debita solennia servata sint: aliàs enim ex defectu formæ nulla esset: sicut & translactio non ratificata ab iis, quos principaliter concernit,nullius est effectus, *Men.*443.*n.*1.2.3.De pœna majoris contravenientis transactioni juratæ,*vide l.*41.*C.hic.* & pleraq; ad eandem controversa notavi *disp.seq.th.*5. *circa fin.* c) *l.*10.16.19.39.*C.hic.*cùm tamen dolo adductus fuit actor,ut transigeret,actione de dolo ei subvenietur,*l.*4.*ubi Acc.& Azo, C.hic.*distinctè,non promiscuè,ut concurrat actio de dolo cum præscriptis verbis actione. eruditè Cisn.*ad l.*2.*n.*3.*hic.Diss.Dd per l.*6.33.*C.eod.l.*9.*præsc.verb.l.*4.*de cond.caus.dat.aliter Ias.in d.l.*2.Quãdo verò transactio ex falsis instrumentis facta annihiletur, intricatè satis disputant Dd.*in l.pen.C.hic.*id prolixè & eleganter evolvit Menoch.1.*arb.q.*15.Beneficium quoque *l* 2.*C.de resc.ven.*verius est ad transactionem non accommodari,*l.*78.*§.fi.ad Treb.l.ult.in fi.C.de plus pet.l.*65.*§.*1.*ubi Goth.de cond.ind.l.*33.*C.hic.Bald.in l.*2.*n.*3.*Salic.n.*6.*hic.Ias.in l.*36.*n.*13 *de V.O. Aretin.ibid.n.*5. *Zas.n.*20. *pulchrè Geil.*1.*obs.*70.*nu.*8. *& seqq. adde Mynsf.*1.*obs.*33.*Afflict.decis.*220. *Cephal.cons.*137.*n.*49.*Soar.lit.T. nu.*299.*& seq.Viv.*1.*opin.*309.*Don.ad d.l.*2.*Connan.*7.*comm.*9.*in fi.Goth.ad d.l.*2.*lit.T.Borch.hic,c.*40.*n.*22.*P.Greg.*28.*syntagm.*3.*n.*3.(*Dissent.Bar.in d.l.*2.*n.*7.qui distinguit faciendo respectum ad even-

tum

tum litis, *Costal. ad l. 65. de condict. indeb. Cagnol. in l. 1. n. 29. C. de pact. Pinel. in d. l. 2. p. 1. c. 4. nu. 12 post Ang. Imol. in d. l. 78. & multi alii, quos sequitur Wes. par. hic. in fin. Nov. El. Aug. p. 2. c. 34. ibiq; Dan. Moller.* ubi probata læsione ultra dimidium, nisi scienter etiam super ipsa læsione transactum sit, vel ad rescindendam transactionem, vel ad supplementum ejus, quod ex illa transactione abest, sententia ferri jubetur. adde latè rationes & autoritates quas adducit Jo. Kœpen *decis. 58. nu. 2. 5. & seqq.*) ne quidem, si enormissima læsio prætendatur: quæ magis recepta & verior est sententia, *per multos alleg. à Menoch. consil. 401. n. 157. & seq. item à Bero. lib. 1. cons. 176. n. 31. Rol. à Vall. lib. 4. cons. 28. n. 25.* (Dissentientes vide apud Rol. à Vall. *li. 4. cons. 28. n. 1. Pinel. in l. 2. C. de resc. ven. p. 2. c. 4. n. 14. A. Gabr. in comm. concl. lib. 1. tit. de emt. & vend. concl. 1. n. 68. vers. contrarium, Cagnol. in d. l. 2. nu. 80. & in l. si quis 41. C. de transact. n. 37. Cravett. cons. 151. n. 26. Menoch. cons. 412. n. 37. & 96.*) Quid si geminata sit renunciatio? *vide ibid. n. 38. Kœpen. decis. 58. n. 24. & seqq.* quod multò magis verum est, si talis transactio jurata sit: nam tunc, etiam stante opinione, quod ob enormissimam læsionem rescindi debeat, tamen propter juramentum additum firma manet, ut colligitur ex iis, quę notat Imol. *in c. cùm contingat, de jurejur. Bero. cons. 51. n. 16. vers. respondeo, lib. 1. & consil. 174. in fin. lib. 2. atq; sic etiam Nov. El. Aug. p. 2. c. 35.* transactiones juratas ob læsionem quantumcunque non retractat, nisi manifestus dolus intervenerit: relaxatio juramenti tali casu à quo facienda, *vide ibid. c. 36. ibiq; Dan. Moller. in comment.* Dissentientes refert Menoc. *d. cons. 401. n. 164. adde Alc. resp. 469. n. 9. vers. ego tamen, Cravett. cons. 142. n. 23. & cons. 192. n. 10.*) Quæ verò sit enormis vel enormissima læsio, in jure non definitur, adeoq; judex ex facto arbitrabitur, *vide infrà disp. 25. th. 5. lit. C. in fin.* d) *arg. l. 15. 16. hic, l. 28. C. eod. gl. in l. 17. C. de fid. instr. Ferret. in l. 1. §. 2. de pact. Borch. c. 1. nu. 9. de pact.* etsi hodie omne pactum civiliter obligat, *ut dixi disp. prox. Wes. hic, n. 2.* e) *l. 6. in fin. C. hic, adde dicta sup. th. 1. vide Hier. Torniell. ad rubr. de V. O. Fach. 1. controv. 10.* f) *d. l. 6. l. 15. & passim, C. hic.* si stipulatio pœnalis addita transactioni fuerit (quod fieri posse supdixi *ex l. 15. 16. hic, l. 17. 40. C. eod.*) eâ commissâ stipulator simul pœnam petere, & trāsactionis commodo frui nequit, nisi sub hac clausula: rato manente pacto: facta sit promissio, *d. l. 17. 40. Don. C. hic, l. 10. §. 1. de pact. l. pen. ubi Dd. hic, Cuj. Cisn. nu. 2. Duar. hic, cap. ult. Alc. 5. para. 12. Hotom. ill. q. 10. Cuno d. tr. de pact. c. 4. n. 2. & seqq.* ubi plurimos ad hoc allegat (*Diss. Ias. in d. l. pen. hic.* quia hæc clausula stipulationi pœnali, quæ contractui bonæ fidei additur, tacitè insit: abusus post Bal. *l. 28. de act. emt.*) *adde Cunon. 1. de pact. 2. Borch. hic, in fin. Geil. 2. obs. 59. n. 4.*

DISPUTATIO VIII.

De postulando, & infamia.

Respondente M. Alexandro Daubero Marpurgensi.

THESIS I.

POstulare *a* est desiderium suum vel alterius in jure *b* exponere, vel alterius desiderio contradicere *c*, id qui præstant advocati *d* dicuntur. Prohibentur verò quidam in totum, ut minor 17. annis *e*, & surdus *f*, quibus tamen, ut & aliis qui patronum non inveniunt, Prætor ex officio advocatum dare solet *g*.

a) *L. 1.*

a) *l.1.§.2.hic.* rectè Cuj.*par.C.eod.* ait hoc patere latissimè: in publicis judiciis est petere à Prætore, ut si liceat lege aliqua publicorum judiciorum quempiam interrogare, utrum in eam legem commiserit néche: ut si fateatur, ei lis æstimetur: si neget, ejus nomen in reos referatur, *Cic.ad Q.Fratr.lib.1.Hotom.in Lexic.verb.postulare. Turneb.10.advers.6.ex Senec.3.declam.1.* sic enim ipsa nominis delatio postulari solebat Schard.*in lexic.hic.* (*Diss. Briss.2.select.anti.1.& 14.de V.S.verb.postulare.* cui est accusare vel nomē deferre, *pro quo facit l.53.de fidejuss.* ubi latius postulare capitis pro reum facere criminis dicitur.) b) hoc est propriè coram tribunali Prætoris die postulationum (alii enim erant cognitionum dies) *l.2.quis ord.in bon.poss.l.73.de jud.l.2.§.43.ad SC.Tertyl.Rev.lib.sing.pro trib.cap.1.Duar.2.disp.16.Rosin.9.antiq.Rom.9.* latius accepto vocabulo etiam coram judice pedaneo, *d.l.1.§.2.juncto §.6.vers.item SCto.Briss.lib.5.form.pop.Rom.Duar.1.disp.1.* c) hoc rei, illud actoris est, *l.1.pr. & §.2.hic, l.9.de pœn. l.2.in fin. de collus. deleg.l.4.de legat.l.2.de R.I.Agel.1.noct.Attic.22.* quo sensu postulationes dicuntur *l.9.§.4.de off.Proconsl.l.1.de off.adsess.l.ult.§.ult.de appel.l.1.pr.de ventr.insp Plin.7.epist.Briss.d.lib.14.de V.S.* d) *d.l.1.§.4.l.6.§.1.hic, l.3.5.6.7.C.eod.tot.tit.C.de adv.div.jud.cum 3.tit.seqq.* quin & patroni, abrogata differentia veteri, *de qua Cuj.par.C.d.tit.* hodie procuratores, Cammergerichts Ordnung/ *p.1.tit.22.& seqq.vide Geil.1.obser.43. adde disput.seq.th.1.* e) *d.l.1.§.3.* ex qua Bart. & Dd. notant eum, qui septendecim annos complevit, si scientia honorem mereatur, JCti titulo insigniri posse. Hæc igitur legitima ætas etiam in procuratore ad judicia, *vide l.13.de man.vind.l.12.C.de procur.§.5.Inst qu.ex caus.man.non lic.Cuj.22.obser.16.& de div.prascr.29.Pac.2.antin.q.16.* idque jam olim senserunt Host. & Jo. Andr. *in c.non injuste, de procur.gl.in d.l.exigendi*, & ex recentioribus practicis Masuer. *in pract.tit.4.nu.19.Diss.vulgò Dd.in d.§.5.ubi Mynsn.5.Sneid.n.4.* Wes.*n.6.Cyn.in l.12.C.de procur.Costal.in l.51.eod.Vant.de null. ex inhab. vel defect.mand.n.28. & 133.P.Greg.49.syntagm.4.nu.11.Vult.2.jurispr.Rom.30.nu.6.* qui *d.§.5.* tantùm de procuratore ad negocia accipiunt, scio Dd. distinctionem probatam *in c.infames 3.q.7.c.5 de procur.in 6.* legibus probari eam nego, *facit l.7.8.de instit.act.& notata Cujac.22 obs.16.* quòd hoc anno adolescentes virilem togam sumebant, atque in forum deducebantur: facit etiam, quòd minor Procurator ad lites datas restituatur, *l.51.de procur.* quo opus non esset, si datio non valeret. Id certum jure Saxon. minorem absque autoritate tutoris vel curatoris legitimam personam standi in judicio non habere, Lehenrecht/ *c.26.* Landrecht *lib.3.art.30.ibiq; gl.* König. *in process.c.22.Schrad.tr.feud.p.10.sect.17.n.25.* sed in eo etiam est differentia, quòd ætas minorennis tantùm durat jure Saxon. usque ad vigesimum primum ætatis completum, post quod tempus minor efficitur majorennis, adeò ut postea curatore non indigeat, Landr. *lib.1.art.42.ibiq; gl.* Lehenrecht *d.cap.26.Fachs.diss.9.Reinh.de tutel.diss.5. aliàs 47.Schrad.d.n.25.* cui rei effectus permagnus est in doctrina de restitutione in integrum, de contractibus, &c. Probationem pubertatis per inspectionem corporis Justin. sustulit immeritò, eaque adhuc usurpari potest, puta, dignoscendo an lanugo barbæ circa os erumpere incipiat, *ut vult* Wes. *ad §.1. Inst. quib.mod.tut.fin.per l.32.de minor.* adeò ut non putet veteres de alia corporis inspectione, nimirum circa partes tegendas, sensisse, ut perperam existimat Justinianus, idemque *ad d.l.32.* videtur velle Cuj. ad Paul.*q.lib.1.* ubi ex falso corporis aspectu, interpretatur; ratione capta ex oculis. Illud generale est, annum ultimum pubertatis cœptum pro completo non haberi ad eum effectum, ut annus à minore majorenni ætati proximo gestus pro valido habeatur, *vide Surd.decis.Mant.178.* f) *d.l.1.§.3.hic.*

§.3.*hic.*aliud est in surdastro, qui sicut alia multa surdo prohibita facere, ita & postulare potest, *vide Nebel.them.dub. disp.3.th.1.lit.C.* g) *d.l.1.§.4.ubi gl.l.9.§.1.de off. Proconf.* *Wes.par.hic,num.3.Geil.d.obs.43.* qui pauperi clienti gratis tenetur inservire, si obtinuerit, ut in expensas etiam adversarius damnetur, salarium debitum nihilominus obtinebit, idq; usu servatur, *Geil.d.obs.43.n.11.& seq.Diss.Fr.Viv.in comm.opin. verb.advocatus,n.3.& seq. & alii per l.invitus 156. de R.I.ubi eleganter dic.n.2.* Æquius erat & juri magis consentaneum tali advocato dari salarium ex publico, *l.1.§. 10.de extr.cogn.d.l.1.verb.ego dabo sc.cum effectu, Men.2.arb.jud.q.494.n.8.10.Hart. Pist.1 q.20. n.6.ibiq; alleg. adde Covar.pract.q.n.4.* *Wes.d.n.3.* & nota advocatum qui pauperi inservire detrectat, mulctari officii privatione, *l.pen.C.eod. l.1.§.pen. de off.Praef.urb. Mynf.4. observ.32.adde l.9.§.2.4.de poen.* Ad hunc ordinem postulari prohibitorum refero non Christianum, *l.fin.C.hic,l.15.C.de episc.aud.Nov.144.c.2.Bocer.hic,th.4.*

II.

Pro quibusvis aliis postulare prohibetur fœmina *a*, cœcus *b*, & enormi turpitudine notatus *c*. Pro se & certis personis tantùm postulare possunt, qui ut infames ex edicto notantur *d*, nisi quatenus restituti sunt *e*. Et hæ prohibitiones neq; partium consensu laxari possunt *f*, neq; contrafacientes pœnam evitant *g*.

a) *d.l.1.§.5.hic,l.2.ubi prolixè Dec.n.9. & seqq.ibi P.Fab.n.20.de R.I.l.18.C.de procur.* nam qui olim postulabant, in ordine stabant Prætorem adeuntium, quibus matronam Romanam admisceri indecorum erat, *l.fin.C.de arbitr. Valer. Max.lib.8.cap 3. Rav.& P.Fab.in d.l.2.de R.I.* imò jure Saxo.ne quidem pro se postulare, vel in judicio versari potest, nisi id fiat per curatorem ad litem, durch einen Kriegischen Vormünden. Landrecht *lib.1. art.46.ibiq; glos.& lib.2.art.63.ibiq; gl. & lib.3.art.30.ibiq; glos.* Weichbild *art.26.* Lehenrecht *art. 68.§.* jedoch solt ihr, *verb.* als der Herr König/ *process.c.8.§.* vnd darumb/ *c.8.& 22.Petr. Royz.decis.Lithuan.1.n.188.Schrad.tr.feud p. 10 sect.17.nu.24.* de cujus rei effectu infertur *inf.p.2.disp.1.th.4.in fin.* etsi procuratrix ad negocia extrajudicialia esse possit, *d.l. 7.de inst.act.Dec.in d.l.2.n.14.per ibi alleg.Diss.gl.in d.l.1.§.5.* Et certè mulier quandoque & virtutis heroicæ & sceptri capax est, nisi lex aut mos patrius vetet, ut in Gallia lex Salica, *vide Plat.5.de Repub.Tacit.4.& 6.annal.& de mor.Germ.* & in vita Agric.ubi ait: Britannos in imperiis sexum non discernere: adde *Fr.Picolomin.in phil.moral.grad.6. c.10. Arist.2.Polit.7.Plutar.in lib.γύναι ἀρεταί. Lips.2.poli.3.Chass.catal gl.mund.p.2.c.10. Nov.8.c.1. Lamprid.in Heliogab. Tiraq.in ll.connub.l.11.nu.1.2. (Diss.Bod.meth.hist c.6.& 6.de Repub.5.Forcat. necyom. dial.2.n.5.) vide Dec.in d.l. 2.nu.3.Cagnol.n.4.Castr.in d.l.12. Vant.tit.de null.ex defect.jurisd.deleg.n.73.Cuja.13.obs.23. Ruland.de commissar.p.1.lib.1.c. 29.n.6.* Mulieres, quæ in judiciis personaliter comparere non tenentur, qualiter judiciale juramentum præstent, *vide Tessaur.decis.210.* b) *d.l.1.§.5.*judicandi sanè munere fungi potest, *l.6.de jud.* nec fungi tantùm ita ut finiat, sed etiam ut judex de novo detur: nam & ratio cessat, quæ illum postulare prohibet, *d.l.1.§.5.ibiq; Castr.* & verò judices pedanei sortitò dabantur à Prætore, donec is evenisset qui litigantibus placuisset: potuerunt ergò in eum consentire, *arg.l.57.de re jud.l.16.de aut. tut.l.8.C.de decu.Wes.n.4.hic,& de jud.n.10.Zang.de exc.p.2.c.3.n.23.Duar.1.disp.23.Hot. ill.q.28.Diss.gl. & vulgò Dd. in d.l.1.§.5.Robert.3 sent.23.* quorum sententia hodie, cùm magistratus ipsi judicent, videtur esse verissima, *per ea quæ latè deducit Neb.d.disp.th.1.*

 lit.E.

lit.E.arg.d.l.1.§.5.in fi. De insignibus Magistratuū quorum ibid. mentio fit, *vide Briss.* *3.sel.antiq.15.16.* c) *d.l.1.§.5.6.* nisi pro illis quorum tutelam vel curam gerunt, *d.§.6.vers.sed est*, funguntur enim tum officio necessario, *l.6.eod.* Ad hunc ordinem referendus ejusdem negocii judex, *l.6.C.hic.l.14.C.de assess.* Cammergerichts Ordnung/ *p.1.t.13.§.* Es sollen auch. Olim hoc casu alii mandabant jurisdictionem, *l.17.de jurisd.* (ita advocatus meus testis mihi esse nequit, parti adversæ potest, ad id tamen non cogitur, *Soar.lit.A.n.96.* & *seq.* *Wurmbs.1.obs.tit.4.obs.1.Viv.1.opin.358.*) item huc referendus is qui de quota litis pactum fecit, *l.5.C.hic.l.20.* *C.mand.l.53.ubi Goth.de pact.Geil.1.obs.44.in princ.Cujac.16.obs.16.Borch.tr.de pact.c.5.n.85.* Tales autem pro se postulare non puto prohibitum: (*Diss.Dd.in d.l.5.eosq; secutus Bocer.d.th.4.*) ubi illud quæsitum memini: An quis pro se postulans, si vincat, & adversarius in expensas litis condemnetur, salarium in propria causa petere possit? Quod regulariter negant *Mynſ.1.obs.2.* *Geil.1.obs.151.n.17.* & *seq.Soar.lit.A.n.103.* ubi vide. Quo tempore salarium advocatis debeatur, consule Mynſ. *3.obs.7.Geil.1.obs.44.n.12.* Et de ergolabis sive redemtoribus alienarum litium selecta quædam vide apud Cujac. *4.obs.40.* & *8.obs.31.* & *16.obser.10.* d) *d.l.1.§.7.* & *seqq.l.2.3.4.5. hic.* Quod autem *l.3.§.1.* dicitur de affinitatibus adhuc durantibus, non ad omnes contractus & actus inter vivos trahi potest: nam alii impediuntur etiam ob affinitatem jam finitam, *arg.§.affinitatis, Inst.de nupt.Diss.Costa.ib.allegans Bald.in l.ult.C.de V.S.vide Goth.ibid.* e) à Principe, Senatu, vel Prætore ex officio suæ jurisdictionis, *d. l. 1. §.9.* ubi Cost. notat, solum Principem & Senatum restituere: addit & Papam, *per c. cum te, de re jud.* addo & Cardinalium collegium, *arg.d.l.1.§.10.* quod Senatus instar est: *Imol.in l.4.de test.Capyc.decis.114.Salamon.in l.1.de off.Præf.Prat.Gravat.ad prax. Vest.lib.1.c.1.verb.cardinales* (*Diss.Acc.Bar.in d.l.1.* *Alber.in rub.de stat.hom.Io. Plat.in l.ult.C.de decur. Alc.1.prætermiss.* qui Præfectis Prætorio cardinales æquant, aliter Abb. qui restituēdi facultatem illis esse negat *in d.c.cum te.*) & Cameræ Imp. judex ex officio suæ jurisdictionis restituere potest, *arg.d.l.1.§.10.vide* Cammergerichts Ordnung/ *p.1.t.52.§.* Und vber das. Idem est, si advocationis interdictæ tempus, *l.6.§.1.l.9.eod.* vel exilium temporale ex famosa causa illatum finitum sit, etsi enim adhuc inter infames habentur, *l.5.de decur.l.4.§.4.de re milit.* tamen ad postulationem ea infamia non porrigitur, *per rationem l.8.hic, Duar.c.penult.hic.Diss.Acc.in gl.2.d.l.8.* Ad hunc autem tertium ordinem pertinet clericus, qui non nisi in sua aut Ecclesiæ causa, vel etiam pro personis miserabilibus in foro seculari postulare debet, *t.t.ext.hic, Bocer.hic, th.7.* f) *arg.l.38.de pact.l.7.ubi Cost.hic.* g) quæ ipsis extra ordinem infligitur, *l.1.§.6.in fin.hic.* Clericus contra Ecclesiam suam pro extraneis postulans beneficium perdit, *c.fi.ubi glos.hic, arg.1.q.7.c.1.* Quid si beneficia habeat in pluribus Ecclesiis, an impunè postulabit pro una adversus alteram? Nego, *arg.d.c.fin.* & *d.c.1.* etsi sint dissimilis gradus beneficia. *Dissent.gloss.in d.c.fi.arg.l.16.de in jus voc.* & *3.q.7.c.2.§. item si contra.* Vasallus sponte pro aliis contra dominum postulans feudo privatur, *c.1.§.item si delator, ubi gl. Belvis. Laud.num.7.qua fuit princ.caus.Zas.p.10.n.42.* vide disp. nostras feudales *disp.5.* & 8. An à donatario contra donatorem postulante avocabitur donatio, tanquam ex causa ingratitudinis? Non putem, nisi illa res grave damnum rebus ejus intulerit, *arg.l.fin.C.de revoc.don.faciunt notata Sneid.ad §.sciendum, Inst.de donat. n.6. Diss. Panor.ad d.c.fin. hic. Geil.1.obs.88.n.7.* qui indefinitè affirmant avocari. Huc referre placet & illud communiter placitum, quòd advocatus proscripti non incidat in pœnam statuti quæ auxiliatoribus banni infligitur, *Soar.lit.A.n.94.Clar.§.ult.q.82.stat.2.* quia defensio, quæ juris natura-

ralis

talis est, nemini debet adimi: quæ ratio cùm & in hæretico militet, non video cur in eo contrarium statuant vulgò Dd. & ex eorum mente ii quos modò allegavimus.

III.

Generatim verò advocatus unius partis rationibus instructus, si se ad alteram transferat, non prævaricationis modò, sed & falsi reus agetur *a*. Idem si filiusfam. fuerit, occasione officii adquisita castrensis peculii loco reputat *b*: in fisci advocato, qui salarium habet de publico, hoc speciale, quòd totius anni salarium transmittit ad hæredes, etsi ante anni finem moriatur *c*.

a) *arg. l. 1. §. 6. ubi Goth. ad leg. Corn. de fals. l. 1. de prævaric. l. 38. §. 8. de pœn. Æg Boss. in pract. crim. tit. de prævaric. n. 2. & 5. P. Greg. 49. syntagm. 6. n. 14. commune ait Soar. lit. A. nu. 106. Diss. Fr. Viv. verb advocatus, nu. 9.* ubi contrarium dicit magis commune, allegans Bar. *ad d. l. 1. de prævaric.* distinguo, an expresse denegarit, an promiserit vel præstare cœperit operam, ut illo casu posterior opinio procedat, *vide Alc. in l. 212. de V. S.* An perjurus erit advocatus, qui juratus alicui recusat defendere causam injustam? Nego, etsi Ecclesiæ juraverit: quia juramenti comites veritas & justitia, *c. 66. de R. I. in 6. c. 28. de jurej. c. inter cætera 22. q. 4 c. 13 ubi gl. verb. juramenti, de maj. & ob. pulchrè Menoch. 2. arb jud. q. 494. n. 13. & seqq.* An in bona causa advocatus licitè utetur cavillationibus & fallaciis? Ita existimant plerique, *Rebuff. in l. un. C. de sent. pro eo quod interest, notab. 9. Mars. sing. 177. Dec. in l ea est, de R. I. nu. 3.* allegans ad hoc Ant. de Butr. *ad c. 1. de mat. pet. Bald. ad rubr. C. de fid. instrum. Myns. 3. obs. 6.* Wes. *par. C. de advoc. div. judic. n. 2. in fi.* Sed hæc Reipub. perniciosa opinio nequaquam sequenda est, & magis communiter reprobari testis est Soar. *lit. A. n. 198. Alc. in l. 177. n. 6. Gœdd. ibid. nu. 7. de V. S. Covar. 1. var. resol. 9. nu. 1.* idq; satis manifestè probat *d. l. 6. § 1. l ult. C. hic, l. pen. C de judic. l. 1. 11. C. de advoc. div. jud. l. fin. §. in refutatoriis, C. de appell. vide Cujac. 4. obs. 40. P. Greger. 49. syntagm. 6. n. 30. & seqq.* b) ut post patris obitum præcipua habeat, nec conferat *l. 4. 8. C. de adv. div. jud. & ibi Cujac. par.* (ubi tamen restringit ad eos tantùm qui sunt intra numerum.) *l. 7. C. de assess. l. 1. §. 15. de coll.* c) *l. 15. §. 1. C. de adv. div. jud. l. 3. in fin. l. 5. in fin. C. tit. seq. Villal. lit. A. n. 66. Vaud. 1. q. 7. Diss. vulgò Dd. per l. 4. de off. assess. ubi Alc. n. 15. & seqq. Curt. jun. n. 53. Ias. nu. 48. Costal. & c. Myns. 3. obs. 8. Soar. lit. A. n. 102.* qui id generatim de quovis advocato adfirmant. adde Geil. *1. obs. 44. n. 12.* ubi tamen hoc optima ratione extendit ad Professores, *nu. 13.* & ita communiter receptum ait Kirchov. *in th. comm. op. lit. S. verb. salarium.*

IV.

Infamia est famæ vel existimationis imminutio *a*: eaq; vel juris vel facti *b*. Illam lex ἐν πλάτει sumta ex turpi causa irrogat nocenti *c*: quod contingit vel ipso jure per solum delictum, vel condemnatione delictum secuta per sententiam *d*.

a) *Acc. in l. 1. C. hic,* Wes. *par. hic, num. 1. Diss. Bart. & vulgò Dd per l. 5. §. 1. de extr. cogn. & ex parte Cujac. C. hic, aliter Bocer. disp. 11. th. 9.* b) *gloss. & Dd arg l. 20. hic, facit l. 13. 17. 19 C. eod. l. 1. C. de stat. & imag. l. 2. de obseq par. l. 27. C. de inoff. testam.* c) *Cuj. par. hic,* Wes. *ibid. n. 2.* ubi rectè addit: nocenti; nam innocenter damnatus revera juris infamia non afficitur, ut bene sensit Martin. glossogr. *per l. 8. in fin. C. hic. Dissen. Acc.*

sen. Acc. in fin. l. 4. eod. d) *l. 1. 2. 4. §. 4. &c. hic, Duar. 1. disp. 42. l. 8. C. hic, l. 13. §. 5. eod.* (*Diss. Bocer. disp. th. 11.* qui tertium membrum addit, pactionem sc. de maleficio, quæ & ipsa, si maleficium verè commissum est, quatenus jus publicum lædit, est delictũ. Aliter Canonistę, qui addunt infamiam canonicam, quam dicunt oriri ex quolibet peccato mortali, *c. infames 6. q. 1. c. testimonium, ubi Panor. n. 6. Felin. nu. 11. de test. Beust. ad l. admonendi, de jurejur. n. 583. & 602.* condemnatus tamen in contumaciam in causa delicti infamantis non fit infamis, *gl. in l. 3. §. praeterea, de susp. Fr. Viv. verb. infamia*, nec arbitri sententia infamat, *l. 12. §. 5. hic. Diss. Bald. in l. 47. sol. matr.*

V.

Ipso jure olim infamis erat mulier intra luctus tempora alteri nubens *a*: (quod tamen jure Can. mutatum est *b*:) vel in adulterio deprehensa *c*: bina sponsalia binasvé nuptias eodem tempore contrahentes *d*: quæstus causa in scenam prodeuntes *e*: lenocinium facientes *f*: tutor curatorvé sibi filiové eam ducens quæ sub tutela aut cura ipsius est vel fuit *g*: ob delictum non capitale dato precio transigens *h*: & tandem qui improbum fœnus exercent, & usuras usurarum illicitè exigunt *i*: quibus adde majorem, qui à jurata transactione, quam nullo cogente iniit, recedit *k*.

a) quod tempus olim 10. mensium, sicut & tempore latæ legis Juliæ Miscellæ, de qua loquitur *Novel 22. c. 43.* postea præfinitus est annus integer, ibiq; primum *in l. 2. C. de secun. nupt. Cujac. in d. Nov. 22. Merc. 1. notat. 2. in fin. Goth. in d. l. 2.* (*Diss. Robert. 1. animad. 2.*) eædemq; aliâs Julia & Papia dicuntur, *Merc. d. loc. argu. Graci textus in d. Nov.* (*Diss. Robert. d. loc.*) non tamen hæ sunt novæ leges, quæ dicuntur *in l. ult. de reg. Caton.* sed ibi intelligenda est lex Julia Papia, & lex Julia Norbana: probat post alios Hot. *2. obser. 17. Gothofr. in Nov 22. c. 43. Diss. Cujac. 4 obs. 4 & in Merc. d. loc.* & quidem si prægnans erat, semper expectandum tempus præfinitum, etsi divortio solutum matrimonium, etsi maritus talis fuisset, qui more majorum non lugeretur: nec hoc casũ venia à Principe impetrabatur, *l. 10 l. 11. hic.* si non prægnans erat, & morte solutum matrimonium, maritusq; talis qui more majorum lugendus esset, tunc quoq; expectandum tempus, nisi à Principe vel olim senatu venia fuisset impetrata, *l. 1. 2. C. de secund. nupt. l. 11. hic, l. 15. C. eod. Nov. 22. c. 43. ubi Cujac. idem 6. observ. 32. & de praescr. c. 20.* Et quia ratio hujus rei erat ex turbatione sanguinis, ideò rectè *l. 9.* sponsi nullus luctus est, *Cujac. 9. obser. 17.* (*Diss. Soar. 1. obs. 38.*) nullus inquam sponsi est luctus, scilicet, quoad effectum, ut scilicet prohibeatur sponsa infra annum à morte sponsi alii nubere: aliud est, si de luctu ex reverentia vel memoria defuncti, quæ apud honestos homines certo vestitus genere indicatur, fit sermo: honestè enim sponsa fecerit, si ob sponsum defunctum ad certum tempus atratas vestes gesserit: in universum, luctus fœminæ potissimum in continentia consistit: olim etiam in habitu, non hodie, *l. 15. C. hic.* b) *c. penult. & fin. de sec. nupt. gloss. in l. 1. C. de sec. nupt.* (*Dissent. Castr. in l. 15. hic, nu. 1. vide Neviz. 2. sylv. nupt. n. 48.* An igitur ab omni pœna legali liberat permissio illa Canonica? Benè distinguit post Dd. *in d. l. 1. C. de sec. nupt. Bart. in d. l. 11. hic, Geil. 1. obs. 98. nu. 8.* pœnas juris civilis simpliciter in odium secundi matrimonii appositas tolli, qualis est infamia: non etiam appositas in favorem filiorum ex primo matrimonio, quam communem distinctionem à toto mundo servari ait M. Ant. Peregrin. *lib. 3. de jur. fisc. tit. 15. n. 3. vers. glossa autem*, ubi etiam autores copiosè allegat.

allegat. Hinc verò rectè sequitur, quòd mulier intra annum iterum nubens non amittat hereditatem & legata à viro prædefuncto relicta: non enim debet sub autoritate canonis nuptias permittentis mulier decipi, *Boër. decis.*186. *Borg. Cavalc.tr. de usufr.mul.rel.num.*113. atq; ita de facto obtinuisse scribit Peregrin.*d.tit.*15.*n.*4.*vers. ego autem ultra.* ubi & decisiones aliorum pro hac opinione adducit. Sed è contrario & illud ex præcedenti doctrina rectè inferri potest: non posse matrem, quæ transiit ad secunda vota, & habet filios ex primo & secundo matrimonio, plus relinquere uni ex filiis secundi matrimonii, quàm relinqueret uni ex filiis primi matrimonii: quod latè & eleganter discutiendo declarat A. Tessaur. *decis.* 170. *per tot. ubi vide, Vaud.*1.*var. quæst.*27. *Boër. decis.*201. Conjugi quoque secundo non potest ullo titulo plus relinquere, quàm uni liberorum ex primo matrimonio, *l.* 6. *C. de secund.nupt.* sed id jure Sax. non observatur, Landrecht *lib.*3.*art.*76. *Reinh.p.*1.*diff.*45. *adde notata infra p.*2.*th.ult.lit.D.* c) *l.*43. *§.pen. de rit. nupt.* ubi non est ordo vocum inversus, ut putant Goth. *ibid.* & *P. Fab.*1. *semestr.*23. Cur in viro sententia, non lex, infamiam efficit, *l.*2.*§.*3.*hic.* in muliere lex sola, *d.l.*43. alii aliter: puto id ideò receptum, quia in uxoris adulterio semper metui potest fœtus suppositītius: in viri non item. d) *§.affinitatis, in fin.* & *§.seq. Instit. de nupt. l.*2. *C. de incest. nupt. l.*18. *C. ad l. Jul. de adult.* polygamia igitur hodie divino humanoq; jure improbatur, *vide Gothofr. ad l.*7. *C. de judic. Dissent. Bern. Ochin. lib. de polyg.* quem accuratissimè refutavit Th. Beza, & P. Martyr *in loc. commun.* De pœna bigamiæ ejusq; exceptionibus, vide Nic. Vigel. *in meth. constit. Carol. cap.*6. *reg* 9. Peinlich Halßgerichtsordnung *artic.* 121. *Wesenb. par. ad l. Jul de adult. num* 8. *adde infr. p.* 2. *disp.*32. *th.*3. *lit. A.* Illud planum est: duas uxores ducentem, jure civili pœnam mereri stupri tantùm, non adulterii, *l.*18. *C. ad l. Jul. de adult.* conjugatus enim cum soluta stuprum committit, non adulterium, *l.*1. *C. d. tit. l.*6.*§.*1. *l.*34. *eod. l.* 101. *de V.S. ibiq;* Gœdd. *num.*10. *A. Gell.* 10. *noct. Attic.* 23. *Azo in summ. C. d. tit. adde l.*225. *de V.S.* (*Diss. Menoch.*2. *arbitr. jud. cas.*420. *num.*103.) sed tamen hodie in Germania in effectu posterior opinio servatur quoad digamos, qui pœna adulterii, hoc est, gladio feriuntur, *Constit. crim. Carol. V. artic.* 121. quod idem etiam in terris Saxonicis disertè sancit *Novell. El. Aug. p.*4. *c.*20. *ubi vide Dan. Moller. in comment. ibid.* in Italia autem hanc sententiam rejectam esse, nec usu servari, testatur Roman. *sing.* 537. *Th. Gramm. cons.*17. *Molin. in addit. ad Alex.* 7. *cons.*165. *num.*1. e) *l.*1. *vers. qui artis, l.*2.*§.ult.seq hic, l.*1.*§.*6. *de postul.* Tales hodie sunt joculatores, quos vocant, ut benè notat Acc. *in d.l.*2.*§.ult.* non pugiles: sicut nec olim athletæ, *Cujac. ad l.*6. *de excus.* non qui publicis certaminibus deserviunt, de quibus lege Cujac. *ad l.*4. *C. de spectac. Coras.* 4 *miscell.* 24. *Alex. ab Alex.*3. *gen. dier.* 9. *Brisson.*1. *select. antiq.*10. *Cœl. Rhodigin.*6. *antiqu. lect.*5. Minores, si quæstus causa ludicras artes ostentant, non excipio. Dissent. omnes *per l. penult. hic:* in qua trajecta leviter videtur esse vox (ætate.) f) sive principaliter, sive accessoriè, *d.l.*1. *l.*4. *§.*2. *l.*43. *de rit. nupt. vide Novel.*14. *ibiq; Cujac.* excipe casum *l. penult. hic.* g) *l* 7. *C. de interd. matr. l.*64. *de rit. nupt. l.*4.17. *C. de excus.* h) ex contractu enim si debeatur, etsi talis sit, ut sententia infamiam importaret, pactio tamē non infamat, *l.*7. *hic, l.*18. *C. de transact. disp. prox. th.*5. Dico: perpetratum: quia alia ratio est ejus, quod datur ad redimendam vexam, ut Dd. loquuntur, *Wes. hic, num.*5 *circa med.* Intellige autem de transigente post litem contestatam, *ut disp. praced. d. thes.*5. *lit. A. facit etiam l.*1. *ibi: super actiones, hic.* actio enim non est antequam lis contestetur: & excipe casus, nisi Prætor jusserit, *d.l.*6.*§.*3. *pulchrè Wesenb. d. num.*5. aut juratum sit, *d.l.*4. *§.*4. *l.*18. *C. eod.*

i) *l.20.C.hic.ubi Acc.l.28.C.de usur.Covar.2.resol.3.n.2.& de sponsal.part.2.c.6.pr.n.17.Borch.tr.de usur.c.5.n.7.& seq.Menoch.2.arb.jud.q.398. Dissent.Molin.tract.de usur.num.*46.An & puniri possit criminaliter: vide remissivè Gothofr. *in d. l. 20. Borch.d.cap.5.num.*10.*& seqq.Clar.§.usura,num.*16.De pactis usurariis vide Geil.2.*observ.*4.*& 5.per tot.* k) *l.41. C.de transact. vide Geil.1.observ.70. Donell. in d.l.41.post Bart. Alex.ibid.Laur.Tennin.Rudolph.tr.caut.145 per tot.*(Dissen.vulgò Dd.qui sententiam hoc casu requirunt: aliis dura illa lex videtur, *ut Rol. à Valle cons. 57. num. 46. & seq. Fr.Becc.cons.*106.*nu.*24.*Men. cons.*355.*n.*1. & jure Canon.ei legi locum non esse scribit Cagn.*in d. l.41.nu.*156. quod tamen non probat.)Verificatur autem illa lex etiam in muliere,*Ias.ibid.& alii relati ab A.Gabr.tit.de transact.conclus.1.num.3. arg.1.de V.S.faciunt notata Goedd.ibid.num.53.& multis seqq.arg.l.2.C.de in jus voc.per tradita Menoch.9.recup.poss.num.9.Alc.1.reg.præsumt.39.Fachin.1.controv.11.(Diss.relati ibid.)*at non verificatur in hærede transigentis,*arg.c.veritatis,de jurejur.in 6.Covarr. in c.requisivisti,n.2.de testib.latè Menoch.cons.355.nu.7.8. Fachin.1.controv.13.* (*Dissent.relati ibid.*)non in universitate,*arg d.l.41.ibi: si quis major,juncta l.4.C.ex quib.caus.maj.l.22.in fin.eod.l.3.C.de jur.Reip.l.9.de appellat.arg.c.Romana, de sent. excomm. sequitur post Dec. Cagnol. & alios Fachin.1.controv.12.(Dissent.relati ibid.)*non in aliis contractibus,*Rim.Purp.Alc.ad d.l.41.arg.l.penult.C.de dignit.Fachin.1.controv.11.(Dissent.vulgò Dd.ut patet ex relatis ibid. Tennin. d.caut.145.num.21. & caut.136. num. 2.)* imò ne in transactione quidem, cùm non in specie juratum est, sed fides tantùm interposita: fides scilicet politica, etsi aliud dicendum videatur, si interposita sit fides Christiana: wenn man den Vertrag zu halten bey waren Christlichen Trewen hat zugesagt.*per ea, quæ post Alciat. & Covarruv. tradit Fachin.1.controv.12.adde infr. disp.21.th.1.lit. A. (Diss.variè relati à Fachin.d.loc.)* adeò, ut ne quidem ex æquitate juris Canon. locus sit purgationi moræ ad evadendas legis pœnas,*Fachin.1.controv.*13.nisi fortè quis in minimo deficiat,*arg.c.suum, de pœn.(Diss.Menoch.d.cons.355.cum allgat.ibid.*potissimùm *n.* 2. ubi ait, hanc legem non observari in judicio illo, ubi dominatur æquitas: sed certè etiam tum, cùm perjuria puniuntur, illa manet; nisi perversam lenitatem sive peccandi impunitatem æquitatis titulo venditare velimus.)

VI.

Sententiâ notatur ab exercitu ignominiæ causa missus *a:* in judicio publico calumniæ prævaricationisvé causa quid fecisse judicatus *b:* quod & in stellionatus judicio placuit, etsi publicum non est, quoties ex ea causa intentatur quæ famosam actionem producit *c.*

a) *l.1 pr.l.2.§.2.*sive miles caligatus sit, sive dux exercitus,*d.l.2.pr. hic.Brisson.2.sel.antiqu.*5. si modò is qui mittit, nominatim addat se ignominiæ causa mittere, *d.l.2.pr.*ubi nihil muto in textu.(*Diss.Hot.7.observ.16.*)nam & honestæ sunt missionis causæ,*l. 13. §.3. de re milit.* aut si saltem insignia detrahat militaria, *d.l.2. §. 2. vers. sed etsi.*quod fecisse censetur *in l.1.13. §. 3. in fin.de re milit.* quod & Acc. *in d. l.2.* suboluit, vide Goth *ad d. l.13.P.Fab.1.semestr.27. Diss. A. Aug. 1. emend.3.* b) *l.4.§.4.hic.l.13.de test.l.3.C.de calumn.*aliâs enim facti tantùm contrahitur infamia,*l.20.hic.*ubi malè A. Fab. *6.conject. 6.* pro (mandatoris) legit (damnatoris.) cujus analysis vera hæc: Mandans delictum tenetur pœna delinquentis. At qui falsò accusat in publ. jud.est infamis. Ergò & qui mandat. Inde quæsitum: an & is infamis, quem Præses dixisset instigatorem fuisse accusationis? Negat Papin. *in d.l.20.* quia instigare est

est hortari, non mandare. *Cujac. ad Papin. lib. 1. respons.* Sed ad rem: diximus de publico judicio. In privato judicio actor donare adversario causam impunè potest, *arg. l. 21. C. mand.* si autem calumnietur, non quidem infamis fit, *l. 5. C. de calumn ibiq; Cuja. par. l. 3. ad Turpil.* sed præter actionem in factum decimaria quoq; contra eum dabitur, qua tenebatur olim actor temerè litigans in decimam partem, §. 1. *vers. hac autem, ubi benè Accurs. Inst. de pœn. tem litig.* quam desuetam Just. restituit *Novell. 112. c. 2. Accurs. d. loc. Cujac. in Nov. 96. vide Wesenb. in compl. Sneid. in §. at adversus, Inst. d. tit. n. 3. Gothof. ad l. 2. §. 2. de pollic.* ubi ex Rebuff. notat alicubi hodie in Gallia usurpari. Ang. sanè *ad d. Nov. 112. c. 1.* usu nostro desuetam esse ait. Discrimen autem veteris decimariæ actionis, cujus meminit Just. *d. §. 1.* & ejus quam *d. Nov. 112.* restituit, notandum: hæc est instar cautionis juratoriæ, illa fuit repromissio, *Cujac. in d. Nov. 96 facit l. 3. C. Hermog. de calum.* relata ab Hotom. *in d. §. 1. Instit.* ubi tamen ait: se nunquam legisse, quæ vetus illa actio decimaria fuerit. c) *l. 13. §. fin. hic, l. 7. de publ judic. l. 2 stellion. Cujac. 10. obs. 26. Rob. 4. sent. 17. Duar. 1. disp. 42. Menoch. 2. arb. jud. q.* 381. *n.* 30. *Dissent. Alb. Reg. 1. concil. leg. 1. A. Fab. 4. conj. 2.*

VII.

Eodem modo infamis fit qui damnatur furti *a*, vi bonorum raptorum, injuriarum *b*, de dolo malo & fraude *c*: nisi suscepto judicio mox solverit *d*. Idem dicendum, si quis pro socio alterutra *e*, tutelæ, mandati, depositi directa *f*: publico aliquo judicio *g*, vel etiam prӕterea sepulchri violati *h*, expilatæve hereditatis *i* damnetur. Ictus verò fustium non infamat, nisi ex causa famosa irrogetur *k*.

a) modò sententia per appellationem non suspendatur, *Wesenb. in fi. hic, vide Mynsi. ad §. 2. Instit. de pœn. tem. litig.* b) *l. 4. in fin. l. 6. hic, l. 63. de furt. d. §. 2. vide infra p. 2. disput. 30. in fin.* Cur omittitur hîc actio damni injuria dati? vide Hotom. *in eod. §. 2.* c) *l. 1. hic*, cui an hoc casu lata culpa æquiparatur? vide infra *p. 2. disput. 9. thes. 4. in fin.* d) *Costal. in d. l. 6. per l. 63. de procur. Bart. in l. 22. hic. Dissen. Panorm. in c. 23. de re jud.* qui putat etiam post litem contestatam rectè offerri: idq; usu observari ait Wesenb. *hic, num. 9. Geil. 2. observ. 103.* aliter Socin. *reg. 179. fall. 3.* distinguit, ut notat Wesenb. *ibid.* ubi omninò vide. e) *arg. à contrario sensu ex d. l. 6. §. fin.* utraq; enim pro socio directa est, & de perfidia quærit. *VVesen. hic, nu. 5.* f) *§. 2. Inst. de pœn. tem. litig.* non contraria: quia ibi de calculo vel reputandis impensis agitur. g) *l. 7. ubi Dd. de publ. jud.* sic hodie qui bannitur de jure Saxon. is primo anno infamis infamia facti censetur: elapso anno, cùm bannum à superiore confirmatur, wenn er mit Recht in deß Königs Acht bracht wirdt, tum fit infamis etiam juris infamia, Weichbild *artic. 5. ibiq; gl. Reinh. p 5. diff. 45.* h) *l. 1. & tot. tit. de sep. viol.* i) *l. 12. C hic.* Huc addendus hodie notarius de rebus illicitis instrumentum conficiens, *c. 1. §. callidus, verb. scriba, de prob. feud. al. per Frid. vide Menoch. 2. arb. jud. q. 381. nu. 31.* Reichs Abschied zu Cölln *de anno* 1512. k) *l. 16 17. hic, l. 22. eod. cui non obstat l. pen. §. 2. de extr. cogn.* idem de relegatione accipio, cum Wes. *cons. 19. nu. ult. Diss. pleriq; per l. 28. §. 1. de pœn.*

VIII.

Facti infamia est quæ opinionem alicujus apud bonos & honestos viros gravat *a*, ut si quis à judice increpetur *b*, in testamẽto perstringatur *c*.

Utraq;

Utraq; infamia præter alios effectus à dignitatibus excludit *d*, vacationem verò à muneribus non tribuit *e*.

a) ideoq; contrario facto facilè tollitur, *d.l.2. de obseq. par. l.20. hic, d.l.27. C. de inoff. test.* ubi levis macula appellatur: ea in species rectè diduci non potest, quia in factis, quæ infinita sunt, consistit. *Diss. Bald. in l. 1. num. 5. C. de summ. Trin. per illum text. Dissent. aliter Donell.* 18. *comm.* 6. qui simpliciter negat ullam esse facti infamiam. b) *d.l.20. hic.* in qua nihil emendandum, ut dixi *th. praeced.* c) *l.13. C. eod. l.3. de lib. & post. Cujac. ad Nov.* 18. An etiam si quis bonis cedat? Utiq; si suo vitio & culpa affectata decoquant, *§.1. Inst. qui & à quib. l.11. ubi Alberic. C. hic, l.5.7. de bon. cess. l.2.4. C. eod. Novell. 4. c.3. in fin. Novell. 135. pr. ubi Cuj. Hot. ill. q.* 26. non itidem, si fortunæ vitio absq; culpa propria ad inopiam redigantur, *d. Nov. 135. c.1. ubi Cuj. & Goth. d.l.11. l.1. l. ult. C. de bon. cess. Cujac. in Novell. 4. P. Greg. 22. synt. 11. nu. 5. & 13. Hot. d. q. 26. Wesenb. par. hic, num. 6. & ad tit. de cess. bon. in fin.* quò major igitur culpa, tantò major erit infamia, *adde infra p. 2. disput. 24. th. 4. lit. A.* d) *l.32. C. de decur. l. 2. C. de dign. l.3. C. de re mil. & ubiq; Cujac.* An infamis tabellio creari potest? Nego: etsi enim ea dignitas non est, tamen quia fidem requirit, & interdum ex malè gesto notarii infamia notantur, absurdum erit fidem habere turpi, & à perfidia infamem metu infamiæ absterrere, vide tamen Covar. *in pract. quaest. c.19. num.5. Diss. vulgò Dd. vide quos alleg. Wesenb. par. hic, n.* 8. e) *l. un. C. de infam. ubi Cuj.* Quælibet infamia etiam facti facit, ut quis pro turpi persona habeatur, quoad querelam inofficiosi fundandam, *d.l.27. ibi: vel levis macula, C. de inoff. test. ubi Dd.* An à testimonii dictione repellat infamia, *vide p.2. disp.5. th.*8. An spurii pro infamibus sint habendi, *vide p.2. disp.16. th.3. lit. E.*

DISPUTATIO IX.

De Procuratoribus & defensoribus.

Respondente M. Davide Smalkaldero Marpurgensi.

Thesis I.

PRocurator hoc loco *a* definitur, cui permissa est alienæ rei actio vel defensio *b*: defensor est qui vel absentis causam cum satisdatione judicatum solvi, vel etiam præsentis defensionem ultrò suscipit *c*. Etsi verò priscis temporibus non nisi in certis quibusdam causis per procuratorem agere licebat *d*, id tamen usu exigente ita mutatum est, ut in quavis causa civili *e* procurator hodie admittatur à parte tam rei quàm actoris *f*: modò rectè datus sit *g*.

a) ubi de judiciali nobis sermo est, non extrajudiciali, *de quo tit. D. & C. mand. Duaren. c.1. hic, Vult.* 1. *jurispr.* 38. & 2. 30. qui administrat quævis aliena negotia, *l.42. §.3. hic,* mandato domini. Quis igitur procurator in rem suam, *l.34. hic.* & alibi sæpè? Res ibi pro utilitate dicitur, ut si donandi animo alicui mandata sit actio, *vide gloss. in l.1. hic. Cujac. par. C. eod.* sic in rem suam procurator fit emtor hereditatis, cui venditor actiones hereditarias cedere cogitur, *l. 33. §. fin. l. 55. hic. Pac. 2. enant.*

*mant.*48.adeoq; cùm in rem suam procurator pro domino habeatur,*d.l.*55.*hic*,*arg.l.*24.*de pact.*ideò appellatione procuratoris non nisi æquivocè comprehenditur. Unde statutum de procuratore loquens, regulariter non extenditur ad procuratorem in rem suam, *Schrad.tract.feud.p.*10.*sect.*18.*nu.*105.106.nec absq; consensu actoris in ejusdem præjudicium à parte rei intervenire potest,*arg.l.*8.*in fin.hic*, *l.*41. §. 2. *mand. Schrad.d.sect.*18.*nu.*40.*& seqq.* b) *VVes.ad §.fin.Inst.per quos agi poss. Vult. d.loc. vide & Cujac.par. hic.* qui hodie in bene constitutis judiciis ordinarii, intra numerum jurati, & eo ipso quòd procuratores sunt, etiam advocandi munere fungi possunt licitè: non contra. Cammergerichts Ordnung/ *p.* 1.*tit.*18.19.20. *& aliquot seqq. Geil.* 1. *obs.*43.*num.*6.*& seqq. Myns.*4.*obs.*23. *VVes.ad §.fin.Inst.per quos agi possit.Vult.d.loc.vide & Cujac.par.hic.*(nam definitio *in l.*1.*pr.hic.*posita generalis est,ut etiam procuratori extrajudiciali conveniat.) nec verò potest judex invitum reum vel actorem cogere, ut personaliter in judicio compareat, exceptis quibusdam casibus, *VVurmbs. pract.observ.tit.*5.*de procur.observ.* 4. *& obser.*16.imò ne iis quidem casibus reus ad personaliter comparendum aliter cogi potest,quàm si actor idem faciat, *Myns.*3.*obs.*4. Etiam in Gallia procuratorum munus esse publicum, eosq; à Principe creari, notat Duaren.*hic*,*c.*1. c) qui propriè cognitor dicitur,*l.*33.§.3.*l.* 51.*hic.Cujac.*14.*obs.*30.*Duar.c.*2.*in fi.hic.*(*Diss.vulgò Dd.*qui procuratorem ut genus accipiunt,defensorem ut speciem à parte rei tantùm,*vide VVesenb.par.hic, num.*12.) De cognitoris & procuratoris differentia eodem sensu Ascon. Pæd.*in divinat. Fest.lib.*3. *Anian. ad tit. de cognit.& procur.C.Theod.Paul.*1.*sent.*2.*ubi Cuj.&* 5.*sent.*27. *Quintil.declam.* 361. *Bud. in l.*9.*de pœn. Alciat.*2.*parerg.*5.*Brisson.*3.*de V.S.verb.cognoscere,in fin.Diss.Robert.*2.*sent.*1. d) vide §.1.ubi Theoph. Hotom.& alii, *Inst.per quos agi poss.Agel.*20.*noct.Att.*1. *Cujac.par. C.hic.Robert. d.c.*1. An procuratoris datio actus legitimus? Negat Cujac. 15.*obs.*16.pro quo facit,quòd procuratorum usus non lege,sed moribus introductus est: & quòd quibusvis verbis procurator constituitur,*d.tit. Inst.* tam inter absentes, quàm præsentes,*l.*1. *Duar.c.*3.*hic. Diss.Hot ill.q.*34. *&* 1.*amic. resp.*30. e) excipio causam status, cùm quis ex servitute vocatur ad libertatẽ, *per l.*1.§.1.2. *C.de assert. tollen.*etiam jure veteri,*l.*33.§.1.*hic.Pac.*2.*antin.*39.(*Diss.Gotho.in d.l.*33.*Bocer.hic. th.*9.) causam publicam popularem, in qua procurator non admittitur, nisi agens principaliter damnum privatum persequatur,*l.*5.*de pop.act.l.*42.*pr. hic.* quod idem est in interdicto de liberis exhibendis, *VVes.par.hic*, *n.*5. *in fin.* in publicis judiciis & causis criminalibus quando procurator rectè interveniat,vide infra *p.*2.*disp.*16.*th.*3. *lit.G.* f) ita ut quidam etiam per se litigare prohibeantur,ut illustres,*l.*25.*cum auth. seq.C.hic,adde l.*1.*C de mand.Princ.l.fin. C.de injur. Nov.*71. *c.*1. In famosis an admittendus procurator? ea vel popularis est, & non facilè admittitur procurator, *l.*39.§. *fin.hic.*vel famosa privata,& admittitur,*ut l.* 42.§.1.*hic.Duar.c.*6.*in fin.hic. Diss.Maran. p.*4. *dist.*1. *num.*26. *& seq.* ubi distinguit ut vulgò Dd.an pœna certa sit minor relegatione, an arbitraria, quod sequitur Wesenb. *nu.*5.*hic.* g) ab eo scilicet qui dare potuit. & ipse talis ut dari potuerit, aliàs enim processus efficeretur nullus, *Vant.prolixè in tract.de nullit.tit.de null.ex def.mand.*quod quomodo accipiendum sit, declaratur postea *th.*4.*lit.C.& th.*9.*in fin.*

II.

Dare procuratorem nequeunt ii primùm,qui consentire non possunt *a*:deinde excommunicatus *b*,bannitus *c*,captus ab hostibus *d*:& in gene-

re ii, qui vel domini non sunt, ut syndicus universitatis, tutor, curator ante litem contestatam *e*: vel qui domini quidem sunt, sed non absolutè sui juris, ut filiusfam. *f* minor, pupillus *g*.

a) *faciunt allegata disp.6.th.5.* etenim obligatio cum procuratore contrahitur, *l.42.§.2.hic, l.8.mand. Bald.in l.17.C.hic, num.1.* Mutus & surdus dant eo modo quo possunt, ut nutu, vel aliter, *l.43.hic.* b) *c.fin.ubi glos.& Panorm.de procur.* Neque cogi ad hoc potest, glos. communiter approbata *in c. intelleximus 7.de judic. Diss.Cald.ibid.* referente Turz.*in comm.opin.lit.P.* c) quia omnia bona amittit, & civiliter mortuus est, ita etiam, ut cœptam actionem persequi non possit. Cammergerichtsordnung *p.2.tit.9.§.2.c.felicis.de pœn.in 6. pulchrè Geil.2. pac.publ.12.per tot. Dissen. Dd.* quorum aliqui affirmant posse inchoatas actiones bannitum persequi, *per l.5.§.fin.de pub.jud.ita tenet Bart.in l.71.n.12.de fidejuss.* Alii aliter distinguunt, *vide Geil. d. loc.* Tentari tamen potest, defendi eundem debere, si in jus vocetur, per ea quæ allegat Geil.*d. c.12. nu.16.* facit quòd etsi bannitus amittit jura civitatis in qua bannitus est, non tamen amittit ea quæ juris sunt communis, *Salicet. Imol. ut Ang. Aretin.refert in §.1.n.7.Inst.quib.mod.jus patr.pot.solv.* idemq; in excommunicato obtinebit, *c.dilecti, de except. c.pia, eod.in 6. c.intelleximus, de judic.* d) *facit l.15.pr. ex quib.caus.major.* e) *l.74.hic, l.11.23.C.eod. Mynf.2. cent.obs.38.* Wurmbs.*obser. tit.5.observ.19.* f) nisi talis sit actio qua ipse posset experiri. *confer l.8.hic, l.17. de reb.cred. & quæ ibi notat Goth.l.18.§.1.de jud.l.9.13.de obl.& act.* g) *l.neq. 11.C. hic.Mynf.2.obs.38.*

III.

Eadem ratione procurator alium ante litem contestatam substituere nequit *a*: ad causam verò agendam datus, in appellationis causa substituere poterit alium *b*, nisi ab interlocutoria appellatum sit *c*.

a) *l.8.11.23.C.hic. l.9. §.3. mand.* nisi in rem suam datus, vel à domino potestas ei substituendi facta sit, *c.1. c.3. de procur. in 6.* Wurmbs. *observ. tit.5.observ.14.Geil. 1.observ.74.nu.11. Azo in l.20. C.hic.* notat eum substituere posse, qui post litem contestatam demum constitutus fuit. Rectè: *arg l.2.C.de consort.ejusd.lit. Diss. Joan. Glossogr. ut refert Accurs. in d. l. 20.* b) *arg. l. si actor 10. C. de appellat. facit l. 17. ubi Alex.C.hic.* & quòd sententia litem finit vel omninò, vel saltem quoad instantiam, vide & text. *in c.non injustè 14.in fin.eod.* Accurs.*in l.omnium 37.hic.* Bart. tamen *in d.l.17.* rectè hoc limitat, nisi esset constitutus generaliter ad omnes causas præsentes & futuras, quod in dubio non præsumitur. *Turz.in p.2.th.comm.opin.lit.P.pag.mihi 22. Geil.1.obs.139.Dissent.alii, ut refert Turz.d.loc. vers.an autem actor.* c) *Em. Soar. lit.P.num.303.* & ita statuunt pleriq; *per l.56.62.hic.* quod verum est, etiamsi causa illa tractanda esset in loco remoto. *Alex.latè in l.quod quis 8.C.hic. Dissen.Salic.& Bald.per l.jubemus 3.in fin.C.de advoc.div.judic.* Quando appellare teneatur Procurator, distinctione expediendum est: ut scilicet sive generaliter datus sit, sive ad unam caussam, à sententia contra se lata necessariò appellet, *glos.& Bart.in d.l.17.C.hic.Bened. Capra reg.65.num.7.& 27.* aliâs enim tenebitur domino actione mandati ad interesse, *per l.8.§.8.mand.* aut sanè denunciabit domino. Quid si dominus aliunde rescciverit eum succubuisse, & à procuratore appellatum nō sit, an adhuc tenebitur domino? Imò: *facit d.c.non injustè 14. vers.vel potest dici, ubi gl.Ben. Capra d.reg. num.14. Diss.*

Rel.

Rol. à Valle 2. com. cons. 19. in fin. Si verò ad unum tantùm actum datus sit, puta ad sententiam audiendam, tum ad appellandum non tenebitur: *facit l. 5. pr. mand. Dd. vulgò per l. 21. in fin. C. hic. Capra d. reg. n. 17. & seqq. Bart. in d. l. 17. lectur. 2.* nec obstat *l. 56. 62. eod.* quæ loquuntur de rebus actui demandato præsuppositis, sive de causis sine quibus non.

IV.

Minor autem si de facto litis procuratorem dederit, & pro eo pronunciatum fuerit, tum datio in ætatis favorem rata habebitur *a*: quod in pupillo quoq; verum est *b*: non in aliis, pro quorum falso procuratore sententia lata est *c*.

a) *facit l. 14. C. hic, l. 4. ubi glo. Bart. & alii, C. in quib. caus. rest. in integr. necess. non est. Duaren. c. 6. de procur.* b) concessum enim minoribus, multò magis concessum videtur pupillis, *vide Vant. tit. de nullit. ex def. mand.* An vicissim, quod conceditur pupillo, concessum intelligetur minori etiam in lege non expressum? Ita tradunt Dd. *in d. l. 14.* Tu limita, *ut Vant. d. loc.* nisi militet ratio in specie diversa. c) *facit l. licet 24. C. hic.* licet etiam pendente judicio dominus possit ratificare gesta per falsum procuratorem, *l. 56. de judic.* imò etiam post sententiam, in sui præjudicium, *l. 3. §. 1. rem rat. hab.* non tamen idem potest facere post sententiam in sui favorem, quia respectu principalis sententia illa nulla est, *per notata infra th. 9. in fin. arg. l. 24. rem rat. hab. l. 24. hic. Mynsing. 1. observ. 24. Rota Rom. dec. 13. & 149. in antiq. & decis. 428. in Novel. Fachin. 8. controv. 61.* Dissen. pleriq;, & volunt sententiam pro falso procuratore latam à domino etiam majore posse ratificari. *Jas. in d. l. licet, nu. 10. Dd. in l. licet 56. de judic. Vant. d. tit. nu. 102. Bellamer. decis. 29. Tessaur. decis. 7. Geil. 1. obs. 47. per l. 1. C. quib. res jud. non noc. ibi: neq; ratum.* Verùm in illa l. non agitur de falso procuratore, sed de defensore: quod hic egit, id ob interpositam cautionem valet, & ratum haberi potest: non quod falsus procurator: cùm sit ab initio nullum, *d. l. 24. vide infr. th. 7. lit. A. th. 9. in fi.* Cùm etiam jure Saxonico mulieres sive actrices, sive reæ, absq; curatore ad litem agere nihil in judicio possint, ideò verius est etiam acta per procuratorem de facto in terris Saxon. constitutum, non posse à curatore postea mulieri dato ratificari, quod & cõfirmatur generalibus verbis constitutionis, *Nov. El. Aug. p. 2. c. 15. ibi:* daß Witwen vnnd Jungfrawen/ohn vnterscheid deß Alters/ zu allen Rechtlichen Processen/ohn Vormünder nichts beständiges handlen mögen. *Dan. Moll. lib. 1. semestr. c. 18. & ad d. const. 15.* Cæterùm de jure Saxon. perinde est, an mulier marito (als ihrem Ehlichen Vormünden) potestatem det pro sese agendi, vel tertio cuipiam curatori suo in id constituto: ita enim alternativè, non copulativè intelligenda esse verba constitutionis, docet Moller *ad d. constit. 15. n. 3.* Ad hoc autem, ut marito potestatem pro se agendi committat, an speciali curatore opus erit? ita existimat *Wes. hic, nu. 4. Moller. ad constit. nu. 63. & 1. semestr. 18.* sed has ambages etiam hoc jure rectius evitari rectè existimat Rauchbar *in resolut. quæst. Teut. quæst. 2. in fin.* si nimirum mulier pro sese coram judice marito litem commiserit: idq; tum, quia actus ille non tanti momenti, nec damnum aliquod continet, *arg. l. 7. de donat.* tum quia judiciorum vigor & potestas si non plus, certè æquè multum valere debet, atq; ille dicis causa constitutus curatorius consensus: vide alia ad materiam curatoris mulieris de jure Sax. pertinentia *th. seq. lit. A. & infra disp. 21. th. 11. lit. F. in fin.*

V.

Dari porrò procuratores quidam prohibentur: inter quos vulgò numeratur minor 25. annis *a*: nos eum, modò non sit minor annis 17. jure civili in casu necessitatis posse dari asserimus *b*: & si minor 25. annis dignitatem in jure consecutus *c*, & ad lites procurator factus sit *d*, restitutionis eum beneficio non gaudere concludimus *e*.

a) *& in c. qui generaliter 5. de procur. in 6.* probata est Dd. sententia, quam ex *l. 51. hic.* malè intellecta extruxerunt. b) *facit §. justa 3. ubi Cujac. Inst. qui & ex quib. caus. man. l. 12. C. hic.* omnium optimè *l. 51. hic.* cùm enim dicit: in iis causis minorem non esse defensorem idoneum, ex quibus restitui possit, innuit in aliis esse idoneum. Idoneum autem accipe non respectu judicii, sed respectu illius cum quo agitur, cui cautio facta nihil proderit illis casibus, in quibus restitutio datur minori. *vide Cuja. 22. obs. 16.* Et ipsi Canonistæ, Host. & Jo. Andr. *in c. non injuste 14. de proc.* probant hoc procedere secundum *d. §. justa.* & rectè hinc inferunt, judicium agitatum cum minore procuratore alterius non esse nullum, *juxta glos. & Bart. in d. l. 12. Bald. in l. 24. C. hic. Anchor. in d. c. qui generaliter. Dissen. glos.* Jac. *Butrig. Bart. in d. l. 51. hic. Imol. in d. c. non injustè.* Jas. *in d. l. 12. nu. 19. & 20. & communiter Dd. teste Ben. Capra reg. 61. nu. 9. & 10. vide alleg VVes. hic, nu. 4.* c) quod fieri posse notant Bart. & alii *in l. 1. §. 3. de postul.* d) non stante etiam Dd. sententia hoc casu minor fieri potest procurator, *per alleg. Fr. de Caldas in comm. ad l. 3. verb. hunc contractum, n. 39. C. de restit. min.* e) *Kirchov. th. comm. opin. lit. D. vide & Fich. in add. n. 6. Mando. tr. Villal. lit. M. n. 96. Boër. decis. 230. de et. minor. q. 6. Mauric. tr de rest. in int. c. 233. arg. l. 2. §. Servius. de orig. jur.* (*Diss. Fr. Sarmient. 3. select. interp. 12. Fachin. 3. controv. 5.*) quod limitatur si in contractu deceptus sit, *arg. l. 2. de jur. & fact. ign.*

VI.

Prohibentur verò procurationem suscipere fœmina *a*, miles *b*: item potentiores *c*, redemtôres alienarũ litium *d*, rei capitalium criminum *e*, non infames *f*: licet hodie à benè constitutis judiciis indistincta prohibitione arceantur *g*.

a) *l. 54.* ubi & plures prohibitas personas vide hic. *facit l. 2. ubi Dec. nu. 14. & seqq. de R. I.* filio tamen tutorem petere cogitur, *l. 18. C. hic.* excipe & casum *l. 1. §. 1. ubi Bald. comm. de man.* An Abbatissa procuratrix pro monasterio constitui potest? Non puto, *arg. d. l. 18.* jure tamen Canonico aliud dicemus *per c. cum dilecta 4. de confirm. util. Gabr. Sarayna in addit. ad Matthesil. sing. 98. n. 8. Dec. d. loc.* De jure Saxo. in tantum fœmina prohibetur procurationem suscipere, ut etiam suis ipsius actionibus præesse non possit, sive in judicio, *Landrecht lib. 1. art. 44. & seqq. & lib. 2. art. 61. ubi gl. & lib. 3. art. 30. Weichbild/art. 26. in gl. Lehenrecht/art. 68. in glo.* sive etiam extra judicium. *Nov. El. Aug. d. p. 2. c. 15.* ejusmodi statuta etiam per Italiam vigere, testatur Cæs. Lambertin. *tr. de jure patron. 9. art. 4. q. principal. 1. p. lib. 2. nu. 5.* & de Gallia testatur Tiraq. *in LL. connub. glos. 8. nu. 4.* Ut igitur actus à muliere gerendus valeat, dandus ei curator, vel ad unam causam, à magistratu, cujus de ea re notio est, *arg. l. fi. §. 1. ibiq. Dd. C. de adm. tut. Moll. ad d. const. 15. n. 8.* vel ad omnes causas præsentes & futuras, *arg. l. 3. §. fin. l. seq. de tutel.* à magistratu mulieris, per tradita in simili à Mynl. 2. *obs. 87. Schrad. tract. feud. p. 10. sect. 19.*

sect.19.num.165. simpliciter autem datus curator ad omnes causas datus intelligitur, *arg.d.l.3.§.2.de tut. Landr.lib.1.art.47.ibiq; gloss.Lat.vers.in quibuslibet.* Datur porrò non nisi voluntarius, ut singulariter notat Moller. 4.*semestr.23.& ad d.const.15.nu.15.* & datur etiam extra territorium, in quo statuto inhabilitas inducitur, agentibus sive contrahentibus mulieribus, *Tiraq d.glos.8.q.26.n.216.usq; ad n.225.(diss.vide ibid.)* ut stante tali statuto, ne quidem juramento ejusmodi defectus suppleatur, *Bart in l.fi.C.ne fidei. dot.Molin.in add.ad Alex.1. cons.4.n.10. Marilian.decis.Genuens.72.Moller.d.constit. 15.num.19.& seqq.* (Diss. & dubitantes allegantur ibid.) nec ratihabito actum subsequens sufficiat, *Moller. ibid. n.34.& seqq.* & ut curatore etiam opus sit, si cum marito uxor contrahat, *Wes.cons.11. Pantschman.2.q.5.n.4.Moller.d.const.n.51.* etiam si cum patre, *Moller.d.loc.n.66.& seqq.* etiam cùm pactum de non petendo sive quietationem facere vult efficaciter, *ut not.Bart.Fulg.Ias.benè tradit Moller.d.const.n.52.& seqq.* Hæc autem in tantum vera sunt, ut omissio curatoris actum ipso jure nullum faciat, *Moller.d.const.num.89.& seq.* & mulier etiam ignorantia juris ex tali obligatione solvens ut indebitum repetere possit, *Moller.d.loc.n.91.& seq.* Hæc tamen tribus potissimum casibus usus fori Saxon. hodie non observat, si nimirum mulier mercari consueta sit vel negociari, tum enim actus sive contractus illius circa mercaturas etiam absque curatore valent, *d.Nov. El.Aug p.2 c.15.ibiq; Moller.n.76.& multis seqq.* quod idem puto in aliis actibus, quos mulier fortè bene & cum sua evidenti utilitate gessit, quosque rescindi, atque ita damnum emergere mulieri ex eo, quo in ipsius favorem introductum est, iniquum sanè foret, *argum.l.3.de adim leg.l.3.§.5.in fi.de Carbon. edict.Moller d.const.n.42.& seqq usq; ad 47.adde Myns.2 obs.34* ita valent & pacta dotalia & nuptiæ mulieris seu curatoris interventu contractæ, *Moller.d const.nu.87.& seq.* Quomodo marito actiones suas jure Saxon.mandet rectè, notavi *th.4.in f.n.* an bona ejusmodi curatoris mulieri tacitè obligentur, *vide infra p.2 disp.1.th 4.lit D.* an si sine curatore contrahat, fidejussor ejus obligetur, *vide p.2. disp.28. th.3. lit.B.* & an mortis causa donare possit, sicut testari potest sine curatore, *vide p.2.disp.19 th.ult. lit.D.in fin.* b) *d.l.54.adde l.8.§.2.hic, l.31.& ibi Goth.C.loc.* c) *tot.tit.C. ne lic.potentior. ubi Cujac.in par.* d) *l.7.mand.l.15.C.hic.* ubi eodem modo dicitur procuratoris officium gratuitum: sicut *in l.1.de extr.cogn.* scientia juris nummario precio non æstimanda. e) *l.6.ubi Sich.n.1. C.hic.* f) jure Justinianæo, *§.ult.ubi Hot.Inst.de except.* olim secus fuisse ostendit Paul.1 *sent.2.ubi Cujac.* imò & jure Canonum, *ut 3.q.7.c.infames, adde Panor.in c. Imperatorum num.9.de jur.calum. nec obstat l.1.§.7.de post. vide gloss.in d.§.ult Dissent. ex parte Bald.in l.2.de senat.* g) *Ord.Cam.par.1.tit.18.Geil.1.obs.43.n.7.& 8.Wes.hic,n.4.* Et quia de jure vile putabatur hoc officium, ideo nec in dignitate constituti ad illud admittebantur: expediebatur enim coram pedaneo, & privatum censebatur: quod hodie in judicio Cameræ & aliis benè constitutis tribunalibus secus est, *facit Ord.Cam.d.par.1.tit.18.* vide benè hac de re differentem Geil.1.*obs.43.* per longum. Unde defendi potest, nobilem procuratoris officio in Camera vel alio summo tribunali fungentem non amittere privilegia nobilium, *textus in l.5.in fi. C.de dign. Bal.in d.l.2.col.2.de sen.Diss.latè Tiraq.c.30.de nob.Guid.Pap.decis.89.& 388.& 396.*

VII.

Procurator quis constituitur solo consensu *a*, etiam absens, etiam per ratihabitionem *b*, etiam extra judicium *c*, & in Camera Imperiali ad to-

tam causam *d*: & quidem regulariter cum mandato *e*: nisi conjuncta persona sit *f*, vel magistratus pro sua civitate agat *g*: non etiam amicus pro amico, etsi de rato caveat *h*.

a) *l.1.pr.mand.§.1. Inst.per quos ag.poss. Paul.1.sent.3.ubi Cujac.* b) *l.12.§.fin.l.58.106.pr.de solut.l.56.de judic.Myns.cent.1.obs.44.* c) *§.3.& 4.ubi Dd.Inst.de satisd.* d) *Ord. Cam.p.9.tit.12.§.* So viel den. *Myns.1.obs.46. & 5.obs.84. Geil.1.obser.51.n.11.* e) *gl.in l.14.verb.falso,de condict.caus.dat. Geil.1.obser.47.in pr.* f) *l.35.40 §.fin.hic.* tum enim requiritur cautio de rato: quam in filio, cùm pro patre agit, specialiter exigit, *l.12.C.hic. Wurmbs.pract.obs.tit.37. de dote, obser.7.* idem igitur de cæteris conjunctis personis dicemus, *Duar. ad.tit. hic,c.8. in fin. Wurmbs.tit.10.de satisdat.obs.3. P.Peck.de jure sist.c.3.n.10.* Conjunctam personam intelligo etiam socium sive consortem, ut pro consorte sine mandato admittatur, *Vult.2 jurispr.30.nu.39. Tiraq de pœn LL temp.caus.22.n.35.* Quoties tamen speciale mandatum requiritur, toties ne quidem conjunctę personæ cum rati cautione admittentur, *Peck.d.c.3.n.4.& 10.* ubi hos casus enumerat. An admittetur ad agendum sub tali cautione maritus pro uxore? Ita sanè, *per l.21.C.hic, l.ult.C.de pact.convent.Sich.in l.2.C.hic,n.1.Geil.1.obs.113.Myns.3.observ.53.* ubi benè distinguunt inter bona uxoris triplicia, ut nimirum in receptitiis bonis hac cautione omninò opus sit: non item in dotalibus, *arg.l.11. C. de R.V.* Jure autem Saxon. indistinctè usus servat, ut maritus uxoris nomine agens per cautionem rati vel mandatum sese habilitare tenetur, *d. Novell.El.Aug.p.2.c.15.§.* derowegen. *Wes.hic,n.4.Beust.in l.1.n.213.de jurejur.Moller.1.semestr.18.n.9.Rauchbar.in resol.quæst.Teub.q.2.n.46.* Quomodo autem hoc jure uxor marito litem demandet, notavi suprà *th.4.in fin.* g) *gl.in §.sin autem, Inst.de satisd. Wurmbs.obs.tit.5.observ.18.in fin.* h) *Ang.in d.§.sin autem, Wurmbs.d.loc. Geil.1.obs.133.n.2.& 2.pac.pub.10.n.28.Soar.lit.M.nu.30.Diss.Bart.in l.39.§.1.n.1.Ias.& alii in l 12.hic.Cotta in memorab.verb.conjuncta persona, Ceras.3.de art.jur.c.22. Garz in l.1.nu.50.de just.& jur.Viv.1.opin.29.Ios.Lud.dec.Perus.110.n.13.* Ubi verò de mandato probabiliter dubitatur, ibi in electione procuratoris est, ut aut mandatum sibi esse probet, aut de rato caveat, *Io.glossogr.in §.sin autem, Inst.de satisd.* quia quoties quis ad duo alternativè tenetur, ejus est electio, *arg.§.huic, Inst.de actio.probat Accurs.ibid.Diss.aliqui relati à gl.ibid.* Sed rei procurator indistinctè satisdare cogitur, judicatum solvi, *§.5.6.Inst.de satisd.l.46.§.2.ibiq; Dd.hic, Duar.c.8.hic.* imò insuper cogitur aliquando & de rato cavere, *l.40.§.sed & si is,2.ubi vide eleganter gl.hic. Cuj.in not.Inst.de satisd.verb.omnimodò satisdaret, Duar.d.c.8.* Ad juratoriam verò cautionem non admitti eum puto, *Bal.in c.1.hoc tit.Ias.in l.5.C.hic,n.8.* nam cautio juratoria non admittitur, ubi alio remedio consultum esse potest utriq; parti, *l.si constante,24.§.2.ubi Castr.Imol.solut.matrim.vide Rol.à Valle 2.tom.cons.43.num.49.& seq.*

VIII.

Mandata procuratorum certas clausulas hodie habent, quarum una omissâ pro nullis reputantur *a*. Causæ autem quædam sunt ad quas præterea speciale requiritur mandatum *b*: ut in omni juramento in animam alterius præstando *c*, in causa restitutionis *d*, in quarta dilatione *e*, & multò magis in ejus prorogatione *f*.

a) præ-

a) præter nomen mandantis, mandatarii, coram quo judice, in qua causa, ad quid: de quibus omnibus vide quæ post Mynf. & Geil. eleganter scribit Vult 2. *Iurispr.30.n.27.& seqq.* ubi addit: clausulas has aliquantò esse solenniores quàm olim. Illud hîc eleganter disceptatur: an clausula de ratihabendo ita necessaria sit, ut vel ejus omissio mandatum vitiet, vel insertio ampliet? Vitiari mandatum hac clausula omissa multi existimant, quod sequitur Vant. *d.tit.n.140.König in process.c.12.n.3. Wes.par.hic,n.6.per l.65.hic.* Alii non quidem vitiari ob omissionem, sed per insertionem eatenus ampliari putant, ut exinde mandato cum libera æquipolleat, *gl.in c.cum dilectus,8.verb.procuratione vel ratihabitione, de relig.dom. Alciat.in l.7.C.de transf. Rim.in §.1.Inst.quib.al.lic.vel non.* Verius est, hanc clausulã nec, si adsit, ampliare, nec, si absit, vitiare mandatum, adeoq; supervacaneam esse, *arg.l.6.de cond.indeb.l.3.de leg. 1.l.22.de adopt.gl.in d.l.65.hic.Bar.in l.1.de off.proc.Cas.Anchoran.2.quæst.aur.q.64.nu.10. Covarr.1.var.resolut.6.n.4.Decian.3.cons.91.nu.31.& seq.Schrad.tr.feud.p.10.sect.18.num. 125.* atq; ita decidisse Witebergenses JCtos testatur Rauchbar. *in resolut.quæst.Teub. q.2.n.13.in fin.* ubi in seqq. prolixè ad contraria respondet. b) de quibus vulgò docent Dd. *in c.qui ad agendum.4.de proc.in 6.Spec.de proc.§.1.n.14.* c) quale est juramentum calumn. *Geil.1.obs.83.adde 1.obs.91. Mynf.2.obs.53.* d) *facit l.24. §.1.de minor.* & ita vulgò receptum est, *Mynf.2.obs.26.& cons.53.nu.1.* e) *Geil.d. obs.91.n.10.Mynf.1.obs.70.* f) *Geil.d.loc.* Generatim enim procurator prorogare causam de tempore ad tempus non potest: ut rectè tradunt Dd. communiter, attestante Ben.Capra *reg.64.n.6.& seq.Diss.gl.in c.cum olim.32.de off.deleg.* vide de his omnibus & aliis id generis Vult. *d.loc.n.41.*

IX.

Mandatum procuratoris probatur primùm instrumentis sive publicis, cùm apud acta procurator constitutus est *a*, sive privatis, cùm instrumentum à notario super mandato factum exhibetur *b*: deinde & testibus, in quorum præsentia voluntatem suam dominus litis procuratori accommodavit *c*: imò interdum etiam mandatum præsumitur, ut cùm quis instrumenta habet ad causam pertinentia *d*.

a) quod quomodo fiat vide apud Vult. *d.c.30.n.26.* b) *Wes.par.hic, n.7.facit l.65.hic.* Debet autem exhiberi ipsum originale, *Boër.decis.281.num.3.Villa.in com.opin.lit.M.n.335.* c) *Wes.d.loc.Sich.in l.1.nu fin. C.hic.Diaz.reg.609. Ios.Lud. decis.Perus.110.n.4.* Et id communiter receptum testatur Boër. *decis.181.nu.1.Balb.decis.190.Diss.Castr.ut alii allegant.* d) *Ios.Lud.d.decis.110. Wes.d.n.7.Em.Soarez. lit.M.n.26.Alc.de præsumt.reg.1.præsumt 33.num.4.* Diss.tamen in eo plerique Dd. dum requirunt, ut procuratoris mandatum plenè probetur; quorum tamen sententia eatenus vera est, ut si procurator plenè non probet, saltem interea de rato caveat, ne eludetur judicium: *vide quæ refert Em.Soar.lit.P.n.314.adde l.66.§.1.ad Treb.* quæ cautio de rato usq; ad litis contestationem in Camera admittitur, *Ord. Cam. p. 1.t. 21.* idque verum puto, etsi nulla fides de mandato adhuc facta esset, cùm sint procuratores jurati & ordinarii, quibus meritò fides adhibetur facilius, *Diss. Schrad. tr. feu.p.10.c.18.n.147.* Ex sola tamen temporis diuturnitate mandatum non præsumitur, *Cagno.in l.velle.de R.I.n.12.13. Balb.in tr præscr.1.part.3.princip.q.10.* qui commune hoc ajunt, *adde Schrader.tr.feud.p.10.sect.18.n.143. & p.9.2.part.princ.sect.3.n.109.& nu. 119. Diss.*

119. *Diss. Ferd. Vasq. 2. illustr. controv. 62. num. 7.* ubi ait contrarium esse receptum communius. eodem inclinat Fr. Viv. *lit. M. verb. mandatum, n. 3.* Alii putant hoc verum esse in re parvi præjudicii, *vide Fich. in add. ad Villa. lit. M. nu. 8.* Rectissimè videtur ea conciliare P. Peck. *in c. ratihabitorium, de R. I. n. 6. in 6.* ubi ait: ex diuturno tempore mandatum non præsumi, nisi aliunde accedens præsumtio hoc inducat, *Cagn. d. loc. n. 13. Gig. tr. de pens. c. 48. num. 1. A. Gabr. lib. 2. tit. de procur. concl. 1. Menoch. 2. præsumt. 33. num. 7. Schrad. d. tr. p. 10. c. 12. n. 59.* Judex autem exhiberi mandatum ab eo, qui se procuratorem dicit, etiam parte non petente præcipere potest: quod usu servari sæpe vidi: nam & aliàs non admitteretur procurator, nisi exhiberet, *l. 24. C. hic. vide Vult. d. c. 30. Diss. Felin. in c. causam, de jud. n. 5.* putans parte non petente judicem id facere non posse. Procurator verò mandatum non habens, aut à non idonea persona, aut revocatum habens, falsus dicitur, *ut notat Goth. ex Bald. ad l. 24. C. hic.* contra quem sententia lata si caverit, & dominus ratum habere nolit, executioni mandari potest: nam procurator hoc casu nullitatem allegans detegeret propriam turpitudinem, & ita communiter Dd. tradunt *ad d. l. 24.* atque ita sententia contra falsum procuratorem lata nulla est tantùm respectu principalis, non respectu ipsius procuratoris, *l. 1. C. quib. res jud. non noc. l. 24. C. hic, l. 61. eod. l. 4. pr. de re judic. ibiq; Bart. Alex. Duar. Vant. d. tit. n. 72. vide Cuj. 14. obs. 30. & Robert. 2. sent. 2. (Diss. Ias. in l. 1. §. 2. si quis jus dic. non obt. & in l. 4. pr. de re judic. n. 13. Zas. ibid. Baro in d. l. 1. Soar. lit. P. num. 310. & seq.)* An gesta per falsum procuratorem dominus post sententiam ratificare possit, dixi supra distinctè *th. 4. lit. C. ubi vide.*

X.

Procuratorium mandatum tam diu durat, quamdiu voluntas mandantis *a*: revocatur ante litem contestatam quovis modo *b*: postea non nisi causa cognita *c*. Finitur & morte alterutrius mandata procuratio *d*: nisi ignorante mandatario ante litem contestatam dominus decesserit *e*: post litem autem contestatam procuratori novo heredum mandato opus non est *f*.

a) *l. 65. in fin. hic, l. 12. §. 16. ubi Goth. mand. Boër. decis. 274. n. 6.* Nec valet datio cum pacto de non revocando: *Bart. in l. 21. de precar.* si tamen juramentum, præsertim pœnale intervenerit, non revocabitur, *Bald. in rubr. nu. 30. in fin. de procur. Ias. in l. 26. §. 4 de cond. indeb. n. 7. vers. sed istam. Dissent. gloss. in c. fin. verb. revocatus de procur. in 6.* quam communiter Dd. sequuntur, teste Boër. *decis. 207. n. 2. vers. sed contrarium.* b) *l. 6. hic, l. 3. C. mand. c. quamvis, 2. de proc. in 6.* c) *l. post litem 17. cum 10. ll. seqq.* in qua cognitione multa versabantur, *B. Brisson. de form. pop. Rom. li. 5. pag. mihi 461.* Hodie tamen in bene constitutis judiciis ante litis contestationem, propterea quòd dominus satisdedit, res amplius non est integra, neque simplex revocatio permittitur: quomodo autem procedatur ad exonerandum vide Mynś. 5. *observ. 44. Gail. 1. obser. 46. & 1. obs. 47. Vult. d. c. 30. num. 51. & seqq.* Obiter & hoc addo: si dominus consenserit exonerationi procuratoris, eam cæteris paribus fieri posse, etsi adversarius nolit: ut novè & eleganter probat Ronchegall. *in l. 2. de duobus reis, nu. 87. & seq. Diss. vulgò Dd. per glos. in l. 17. hic. vide Em. Soar. lit. P. n. 292.* De jure Saxon. si judex alicui dederit procuratorem, tunc ille cui ita datus est procurator, alium eligere seu petere non potest, donec primus suo officio sit functus, *ut vult Zobel. diff. 7. per textum. Lanb.*

rech

recht *lib.1.art.60.* sed textus ille hoc tantùm dicit: der Richter soll keinen andern Vorsprechen geben/der begerende theyl sey denn deß ersten mit Recht ledig: idq; in effectu illud ipsum est, quod de exoneratione paulò antè dixi. Illud magis evidentem à jure civili differentiam ostendit, quòd jure civili invitus nemo procurationem suscipere cogitur, *l.17.C.hic*, jure Saxon. verò petentibus ex corpore judicum procuratores assignantur, qui officium illud detrectare non possunt, Landrecht *lib.1.art.60.* Quod de advocato pauperum dixi *disp.8.th.1.lit.G.* id huc etiam referēdum est: cùm parum hodie distent procuratoris & advocati officium, utrumq; in bene constitutis judiciis honorabile: adeoq; certus plerunq; est procuratorum numerus & ordo, quibus vel per vices, vel alicui eorum seorsim causæ pauperum tractandæ incumbunt: *vide th.1.lit. B. adde Mynf.4.obs.32.* d) *l.26.pr.l.34.§.fin. mand.l.fin.de solut.* in cujus legis principio non transposita sunt verba illa (post mortem meam) ut rectè & eleganter explicat Hot.2. *amic.resp.c.38.Diss.Cujac.1.obs.38.* putans nisi verba ita transponantur, pugnare legem illam cum principiis juris. e) *§.10. vers.sed utilitatis, ubi Hotom.Inst. mand.l.26.mand.l.65 pro soc.* si tamen non improbabilis sit ignorantia, *l.1.§.causa de adil.ed.l.quisquis. C.de resc.vend. vide Cujac. tract.8.ad Afr.* f) quia litis dominus censetur factus, *d.l.nulla, C.hic.* sententia igitur in eum ferri potest, *c.1.§.1.ubi Ph. Franc.n.1.de proc.in 6.* In Cam. tamen & Curiis Principum paulò aliter observatur, nempe ut heredes defuncti citentur ad reassumendam causam: quod sibi displicere non obscurè ostendit Geil.1.*obs.109.n.6.& 7.adde quæ scribit* Wurmbs.*obs.t.5.obs.15.*

XI.

Procurator damnatus judicati actione nō tenetur, nisi aut in rem suam datus sit, aut se obtulit cùm sciret cautum non esse: defensor omnimodò tenetur *a.* Unde intelligitur, cur is cujus nomine defensor extitit, si ante litem contestatam accedat, & postulet suo nomine litem suscipere, non nisi causa cognita audiendus sit *b.*

a) *l.Plautius 61. hic.* ubi verba illa (cùm sciret cautum non esse) interpretamur cum Cujac.14.*obs.30.* (cum sciret præsentem dominum non satisdedisse judicatum solvi) *confer l.4.de re jud.l.10.jud.solv.Diss.vulgò Dd. quos sequitur Zas.in d.l.4.pr.de re jud.Baro in d.l.Plautius 61.* qui ita interpretantur: (cùm scit se nullum mandatum habere:) quos refutat Robert.2.*sent.2. Diss.aliter Robert.d.loc.ubi vide.* b) *l.is cujus 64.hic.* Ratio est, quia defensor statim ubi satisdedit, litis censetur dominus: procurator demum post litem contestatam, *l.76.ff.l.23. C.hic.* Ergò cum in effectu defensor teneatur ad faciendum judicatum, nil mirum est, non nisi cognita causa eum, cujus defensor extitit, ad litem suscipiendā admitti, *vide Henr.Suerin.in lib.repet.prælect.c.12.* ubi bene hoc explicat. Diss.Acc. qui mirè se in ratione hujus rei reddenda torquet, nec tamen rectè se expedit: non immeritò reprehensus à Cujac.22.*observ.10.* Diss. tamen eo ipso in loco etiam à nostra thesi Cujac. putans verba (causa cognita) abundare *in d.l.64.* rectè reprehensus à Suerin.*d.c.12.*

XII.

Procuratoris negligentia domino nocet quoad adversarium *a*: ipse autem mandati actione ad suum interesse consequendum utitur *b*: nec restitutione in integrum juvatur adversus eum, qui bona fide cum pro-

curatore quasi contraxit, licèt procurator solvendo non sit *c*. Contumaciam verò procuratoris domino non nocere verius est *d*.

a) *l.10.C.hic.Bart.in l.un.§.2.si quis jus dic.non obt.nu.1.Phil.Franc.in c.fin.n.3.de jurej.in 6.* quod jure Saxon. secus esse, & domino ex negligentia procuratoris præjudicium nullum generari, *tradit Zobel.diff.8.per textum.* Landrecht *lib.1.art.60.* b) *d.l.10.l.6.§.1.l.7.§.4.mand.* in quam actionem quid ab utraq; parte veniat, *vide Geil.1. obser.45.num.5.* & excutietur inf. *disp.27.* c) nam nullo jure hæc illi restitutio conceditur. Quid? cùm ipse sciret se omnia consequi posse actione mandati à procuratore negligente, cur non elegit talem qui solvendo esset? vide bene annotata à Goth. *ad l.10.in fin.C.hic. Diss. tamen vulgò Dd.quos refert Geil.1.obser.45.num.6.& Hart. Pist.1.q.36.Pac.3.enant.10.in fin.* quorum opinio mitior usu ferè recepta est. d) *facit l.1.§.2.si quis jus dic.non obt.* Bart. *in d.l.1.§.2.* distinguit, ut in rebus parvi præjudicii contumacia procuratoris noceat domino: in aliis non item. sequitur Ph.Franc. *in d.c.fin.n.3.de jurejur.in 6.vide & Salic.in l.3.C.hic.nu.3.* Diss. alii, qui volunt omninò nocere: *vide Geil.1.obs.89.per totum.*

XIII.

Salarium sibi constitutum procurator interdum extra ordinem *a*, interdum ex stipulatu vel præscriptis verbis actione consequetur *b*: de non constituto etiam extra ordinem jus dicitur *c*. Quidquid autem procurator filiusfamiliâs ita adquisierit, id pro quasi castrensi peculio habendum esse verius est *d*.

a) *l.1.in fin.C.mand.* (quò etiam refero *l.17.C.eod.* licèt non ignorem eam ab aliis aliter accipi) *l.7.hic.* b) *Wes.par.n.fin.mand.Dd. communiter ad d.l.1.§.fin. C.mand.Sich.ibid.num.5.* c) *Sich.ad d.§.ult.n.6.l.1.§.10.& seq.de extraord.cogn.* quid hodie receptum sit in Camp.Imp. vide apud Geil.1. *observ.44 per totum.* d) *per ea quæ dixi th.6.in fin.Rimin.§.1.n.61 & seq.Inst.per quas pers.nob.adq.Diss.Bald.in l.6. C.de bon.quæ li.n.16.Wes.par.hic.n.10.& vulgò Dd.ut refert Fr.Vivius lib.1.opin.com.249.* qui tantùm pro adventitio id reputant, in quo patri ususfructus quæratur. Videtur tamen conciliari posse utraq; opinio, duplici adhibita distinctione, nempe temporis hodierni & antiqui, & præterea judiciorum sive tribunalium, in quibus viles personæ ad procurandum admittuntur vel non.

DISPUTATIO X.

De negotiis gestis, & calumniatoribus.

Respondente Hieronymo Sperlingio Witzenhusano Hasso.

THESIS I.

NEgotii gestio *a* hoc loco est quasi contractus *b*, quo quis alterius *c* negotium sine mandato *d* gerendum suscipit *e*. & hoc qui facit negociorum gestor, h.e. voluntarius procurator appellatur *f*.

a) nego-

a) negocii appellatio omne id generali significatione complectitur, quod ad rem familiarem pertinet, *arg. l. 1. & passim, hic.* Gerere, facere, & agere ferè eodem recidunt, *l. 58. de V. S. l. 2. de cur. bon. l. 2. §. 1. ad municip. l. 7. de minor.* & usu loquendi non differunt, ut notat Bart. *ad l. 1. de off. proc. Cæs. Alc. in d. l. 58. (Dissent. Laur. Vall. 4 elegant. 5.)* à JCtis tamen interdum subtiliter distinguuntur, *l. 19. 88. de V. S. d. l. 7. de mino.* Malè ex ea differentia Alc. *in d. l. 19.* stipulationem propriè non esse contractum: quod satis refellit *l. 1. in fin. de pact. l. 1. §. 4. de V. O. §. fi. Inst. de obl.* b) *l. 5. pr. de obl. & act. §. igitur cum, Instit. de obl. ex q. contr. Vult. 1. Iurispr. 42.* c) etiam hereditatis jacentis, *l. 3. §. 6. hic,* cui non obstat *l. 28. § fin. de stip serv. vide Pac. 2. anti. 49.* non tantùm ignorantis, sed & scientis, *l. 19. §. 2. l. 34. arg. l. 2. ibi: licet ignorantis, hic.* An non, dices, ex patientia domini præsumitur mandatum? Non, nisi præsens sciat, nec tamen contradicat, *l. 40. 53. mand. l. 6. C. eod. l. 60. ibiq; P. Fab. de R. I. adde Fr. Balb. tract. de præscr p. 5. princ. quæst. 10.* & vide dissentientes *disp. præced. th. 9. lit. D.* d) quæ est specifica hujus contractus ab aliis differentia, *d. l. 5. ubi Cujac. de obl. & act.* Geri autem dicitur negocium actu quodam ad comparandam obligationem interposito, *l. 17. §. 3. commod. l. 33. de cond. ind. l. 15. 19. 22. de præscr. verb.* e) atqui culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, *l. 36 de R. I. c. non est 19. de R. I. in 6.* Dic, respectu tertii: ut, si ego rem vindicem, tu ejus defensioni te offeras, & litem mecum contesteris, postea verò neges te possidere, non es audiendus: quia culpa est, &c. *confer l. 25. de R. V. l. 13. §. 13. l. 14. de pet. her. vide & Dec. post gl. in d. l. 36 num. 3.* f) *Paul. 4 sent. 3. ubi Cujac. idem 7. obs. 26. & 10. obs. 25. vide etiam l. 35. 40. §. fi. de procu. Brisson. 14. de V. S. verb. procuratorum autem, ibi: atq; adeò, &c.*

II.

Expediuntur autem negocia vel necessariò, vel voluntariè *a.* Necessariò, cùm quis coactus ea gerit: idq; vel necessitate urgente, ut cùm curator adolescentis, furiosi, prodigi, mente capti negocia administrat *b*: item cùm executor à judice datus mea negocia gerit *c*: item, cùm tutor postumi inchoata negocia perficere cogitur *d*: vel necessitatis suspicione, ut si quis se mandatum curamvé suscepisse falsò existimet *e*: item, si quis liber servire se ei credat, qui res quasdam gerendas ei mandat *f.*

a) *l. 3. §. pen. hic.* quæ duo quoad effectum dandæ actionis in idem recidunt, quæ utroq; casu est bonę fidei, ut rectè probant gl. Bal. Alex. Salic. *per l. 18. C. hic.* quoad id verò, quod in actionem deducitur, differunt: nam necessarius gestor ad omnia gerenda tenetur: spontaneus ad id tantùm quod suscepit, *arg. l. 20. C. hic.* Quid si accessit ut omnia gesturus? Teneri negat Jo. glossogr. *arg. l. 21. §. 2 hic. Guil. de Cabriano (ut refert Accurs. in d. l. 20.) affirmat argum. l. 9. & seq. hic.* quæ sententia tum vera est, si contemplatione ejus qui ad gerendum accessit, alius se non obtulerit. *vide Pac. 2. antin. 54.* b) *l. 6. 17. C. hic. l. 3. §. 5. hic.* ubi pro illis verbis (curatori autem) legendum esse existimo (curatori etiam:) ut sit illatio per comparationem majoris: nam de priori casu dubium nihil erat: de posteriore erat, ideoq; adducitur Labeonis auctoritas, nec obstat *l. 2. §. 2. de contr. tut. & ut. act.* nam quæ ibi utilis appellatur actio, eadem est cum negociorum gestorum actione, ut rectè *post glos. & Cujac.* notat Gothofr. *ad d. l. 2.* c) *l. 6. C. hic. l. 3. § 8. eod.* cui non obstat *l. 50. de evict.* nam, ut rectè observavit Acc. *in glos. ult. ad d. §. 8.* creditori victori datur actio negotiorum ge-

storum, quia res ejus geri videtur: debitori autem cujus interest, si forsan dolosè viliori pretio distracta sint pignora, datur actio subsidiaria de dolo, *idem sequitur Pac. 2. antin. q. 50.* d) etsi non nascatur postumus, *l. 29. hic, l. 19. §. fin. de test. tut. l. 1. §. si quis, de eo qui pro tut.* eaq; est utilis actio per interpretationem voluntatis, *l. penul. de tut. & rat.* e) *l. 1. C. de her. tut. adde d. l. 17. C. hic, l. 2. C. de magistr. conven.* quibus casibus ex levi culpa heredes tutorum teneantur vide infra *p. 2. disp. 9. th. 5. lit. D. & E.* f) *l. 19 §. 2. hic.* nec obstat *l. 13. §. 2. commod.* ubi non gessit ex necessitate servili. confer eundem Labeonem (cujus est sententia *d. l. 19. §. 2.*) *in l. 19. in fin. de adq. dom. Pac. 2. antin. 59. Diss. Azo in d. l. 13. §. 2.*

III.

Voluntariè expediuntur negocia, quæ quis sponte & nulla necessitate cogente suscipit *a*: ut si mater repetendi animo in rebus liberorum aliquid expendat *b*: si vitricus sumptus faciat in rebus privignorum *c*: si filius pro patre non animo donandi solvat *d*: si maritus in funus uxoris quasi recepturus eroget *e*: si frater pro sorore tributa solvat *f*: pro fratre coherede pecuniam expendat *g*: si quis sumptus necessarios & probabiles in communi lite faciat *h*: & ejus generis alia *i*.

a) *d. l. 3. § penult. d. l. 20. C. eod.* Non verò huc pertinet is qui pro tutore res pupilli administravit, cùm tutor non esset: quia ei datur actio protutelæ, quæ ab actione negotiorum gestorum apertè separatur, *l. 1 §. 6. qui pro tut. l. pen. de tut. & rat. distr.* nec obstat *l. 4. C. qui dar. tut. poss.* quia ibi miles erat tutor datus, cui protutelæ actio non datur, cùm de jure tutor esse nequeat. Et eodem modo intelligi potest locus Pauli 1 *sent. 4. §. fin.* de eo qui tutor non est, ita scilicet, ut neq; de jure esse possit. *Diss. Cujac. ibid. Irner. & Azo, ut refert gloss. in d. l. 3. §. pen.* b) *l. 11. C. hic.* ubi expressè distinguuntur alimenta sive expensæ in personam, ut donandi animo præsumantur fieri *l. 15. C. eod.* non etiam expensæ in rem: nisi gestor contrariū probet, *l. 34. hic.* quod in dubio ex quantitate impensarum, ex contraria protestatione gerentis, facultatibus ejus cujus negotium geritur, æstimari volunt Dd. *vide Gothofr. ad d. l. 9. Acc. ad d. l. 11.* pulchrè Mart. Coler. 3. *de aliment. 5. num. 20. & seqq.* Si lex matri saltem per consequentiam expensas imponat, ut quas fortè facere cogitur in petendo tutore, eas ne quidem vi protestationis interpositæ repetet: suum enim negocium gerit. *vide gloss. in d. l. 11.* Porrò ad quas impensas mater filiis teneatur, pulchrè & distinctè explicat Mart. Coler. 1. *de aliment. c. 6. per totum, ubi vide.* c) *l. 15. C. hic.* ubi tantùm distinguendum, an donandi vel repetendi animo fiant, non an fiant in rem vel personam. (Dissent. Accur. *in d. l. 15.*) in dubio tamen animo repetendi præsumuntur facti. *Ben. Capra cons. 105. num. 5.* maximè si sumtus sint majores, *Io. Gars. tr. de expens. c. 4. num. 24.* etiamsi bona privigni vitricus administret, aut privignus vitrico operas præstet: etsi enim utroque hoc casu vitrico ad repetenda alimenta in privignum impensa actio non competat, tamen certum est eum bona privigno restituentem alimenta reputare posse, *arg. d. l. 34. vers. audiendos, hic. Mart. Coler. 1. de alim. 4. nu. 25. & seq.* (*Diss. Roman. cons. 255. n. 2. Ruin. 5. cons. 94. nu. 7.*) & quomodo operæ illæ vitrico præstitæ æstimari debeant, vide pulchrè Mart. Coler. 3. *de alim. 5. num. 25. & seqq.* Quod privigni inter eos sint, qui liberorum loco habentur, notavit Cujac. 9. *obs. 8.* quibus verò casibus id procedat, *vide Goth. ad l. 4. §. 6. de grad.* in quibusdam certè non procedit, ut

quod

quòd vitricus non tenetur onera privigni suscipere, *l.3.§.7. de mun. & hon.* d) *facit l.12.C.hic, adde l.4.eod.l.2. in fin. C. de R. V. l.33. circa fin. de legat.* 3. quod in dubio præsumitur, nisi pater contrarium probet, Bar. Alex. & vulgò Dd. *in d.l.12.* (Diss. Jo. glossogr. & eum secuti, quia particulam (SI) *in d. l. 12.* putant poni ratiocinativè pro QUIA: unde extruunt præsumtionem juris esse pro patre contra filium. quod alii admittunt tum, si pecunia soluta sit quantitatis non ita magnæ, *arg. l.47. de don. int. vir. Goth. in d.l.12. vide Mart. Coler. 3. de alim. 5 n.32. & seq. Surd. de alim. tit. 6. q. 9. n. 6.* e) *l.13.C.hic, adde l.14.§.7. de religios.* quod cum Bald. Salic. Alex. *in d l.13.* ita accipio, cùm dos apud maritum non remanet: nam tenetur in tantum quantum facere potest: videtur autem tantum facere posse, quantum deducto ære alieno superest: impensa verò funeris æs alienum dotis est, *l.16. de relig. Goth. in d.l.13.* Quod Dd. ibid. extendunt ad dominum, ut famulum infirmum curare teneatur, si modicæ sint impensæ, *Sneid. post Bart. ad §. igitur, Instit. de oblig. ex q. contr.* Quod autem *in l.15. C. eod.* de privignis dicitur, ad uxorem ægram extendi non debet: nam in eo casu planè non distinguit, *l.13. pr.* ratio est in verb. affectioni, scilicet maritali, quæ divini & humani juris communicationem in se habet, & morte demum dissolvitur, *per not. infr. p.2 disp.6.* (*Diss. Bocer. hic, th.7. in allegatis ad lit. D.*) vide pulchrè Mart. Coler. *lib.1. de alim. c.10. nu.3. & multis seqq. P. Greg. 9. syntagm. 19. pr.* & uxorem inopem etiam ægram à marito alendam esse, tradit Bart. *in d l.13. Salic. ibid. nu.1. in fin. arg. l.28. de relig. & sumt. fun. auth. præterea, C. unde vir & uxor. Campes. tr. de dote, p.2. qu.61. Ranchin. p.1. dec. conclus. 455. Coler. d. c. 10. nu. 16. in fin. & lib.3. c.5. nu.36. Concennat. 2. quæst. 6. nu. 6. Mascard. 1. de probat. conclus. 77.* Illud hîc notabile est, quòd de jure Saxon. uxor rogans funeris maritalis impensas, præsumatur pietatis affectu illud fecisse, neq; eas recuperet, nisi heredum consensum requisierit, aut protestata fuerit, Landrecht *lib.1. art. 22. vers.* mit seinem rath soll auch die Fraw das Begräbnuß *ibiq; Zobel. lit. B.* f) *l.16. C. hic, ubi vide Goth.* nisi inopia & pietas aliud suadeat, & solutum exiguum sit, *l. 27. §. ult. hic. Ruin. 4. cons. 100. num. 3. & 4. cons. 102. num. 3. Hier. Grat. 1. consil. 128. in fin. adde in simili Jos. Lud. decis. Perus. 78. num. 13.* g) *l.3. C. hic.* ex qua rectè distinguunt magis communiter Dd. ibid. teste Alex. quòd solutio voluntaria pariat actionem negotiorum gestorum, & quidem directam: necessaria producat actionem ex illa causa ex qua descendit, vel tantùm utile negotiorũ gestorum judicium, *per l. 3. §. 10. eod. Goth. ad d. l. 3. C. hic. Diss ex parte Accurs. ibid.* h) *l. 31. in fin. hic, ibiq; Accurs. & Bart. plenè Pac. 2. antin. q. 63.* i) ut si pater ignorante filia à sponso ejus res donatas accepit, *l.32. §. fin. hic, ibiq; gl. l.25. pr. depos. Pac. 2. antin. 64.* plura exempla vide *l.41. 42. 45. pr. 46. & passim, D. & C. hic.*

IV.

In genere verò eum qui aliena negotia gerit, si pecuniam in suos usus convertat, maximas præstare usuras rationis est *a*. Qui negotiorum gestori mutuum dederit, is ita à domino, cujus negotia gesta sunt, repetet, si caveri sibi sinat, rem domini in eo casu esse, ut utiliter ad eam pecunia mutuò *b* sumatur.

a) *l.38. vers. quoniam, hic.* ubi perperam Accurs. illa verba (tutelam negotiáve) pro uno accipit, quasi diceretur (negotia tutelaria:) ut concilier *d. l. 38. cum l.10. §.3. mand.* Aliter Roger. qui maximas *in d.l.38.* pro magnis appellari dicit. Vera est prima Accursii solutio, ut aliud sit in negociorum gestore, qui clam, quàm in

mandatario qui palàm videtur administrare, *Cyn. in l. 7. de adm. tut. Pac. 2. antin. q. 65.*
b) *facit l. fin. de exerc. act. adde l. 1. §. 9. eod & notata à Goth. ad l. 25. de reb. cred.* An diversum obtinet in Rep. ut scilicet illa non obligetur, nisi mutuans etiam probet in rem civitatis esse versum? vide infra *disp. 20. th. 5. per tot.* Illud in genere indubium est: civitates & universitates ex contractu vel delicto suo nō minus obligari, quàm alios obligatos habere posse, *l. 27. si cert. pet. l. 1. 7. 8. 9. & passim tot. t. quod cujusq; univ. nom. l. 16. §. fin. de pœn.* modò omnes in unum convocati, vel pars major contraxerint, vel deliberato omnium cōsilio delictum perpetratum sit, *arg. l. 7. in fi. de pact. l. 14. de pos. l. 7. C. de omn. agr. ubi Goth. Ias. in d. l. 27. n. 3. Costal. n. 12. Clar. §. fin. q. 16. n. 7. & seq. Menoch. 2. arb. jud. q. 596. Soar. lit. V. nu. 68. H. Pist. 1. q. 37. nu. 1. & seqq.* vel unanimi consensu Syndicum ad contrahendum constituerint, *Dec. in d. l. 27. n. 5. Bart. in l. 7. n. 2. quod cujusq; univ. Gœdd in l. 17. de V. S. n. 22. König. in process. c. 19. per tot.* qui ipse Syndicus semel constitutus postea ad processum semper est citandus, non universitas, *Innoc. in c. humilis, de major. & obed. König. in process. c. 25. n. 3.*

V.

Ex hoc quasi contractu duplex descendit actio negotiorum gestorum, una directa, altera contraria sive utilis *a*. Directa domino datur adversus eum qui gessit, ut administrationis suæ rationem reddat *b*: in quam actionem regulariter dolus, lata & levis culpa venit *c*: levissima tum demum, si alius diligentior commodius erat negotia domini gesturus *d*: imò aliquando nec levis culpa præstabitur, ut cùm quis affectione ductus ne mea bona distraherentur, negotiis meis se obtulit *e*. Casus verò fortuiti tum demum in hanc actionem veniunt, cùm tale negotium gestor suscepit, quod dominus non erat solitus facere *f*.

a) utraq; datur illi cujus interest hoc judicio experiri, nec refert, utrà quis agat vel conveniatur, quia in extraordinariis, hoc est, prætoriis judiciis, dum conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est, maximè cùm utraq; actio ejusdem potestatis est, eundemq; habet effectum, hoc est, judex non adstringitur strictæ petitioni, sed in utraq; licet ei ex æquo & bono absolvere vel condemnare, *l. 47. hic. arg. l. 178. §. 2. de V. S. eleganter Gœdd. ad l. 34 eod. n. 11. & seqq. adde Brisson. 5. de V. S. in fin.* Unde non placet opinio A. Fab. 4. *conj.* 7. qui verba illa (quia in extraordinariis, &c.) putat huic legi inspersa esse à Triboniano. Aliter Cuj. 15. *obs.* 11. qui tamen id eo loco rectissimè docet, formularum impetrationem jam Pauli JCti tempore ex parte cessasse, quòd per se essent in edicto perpetuo obviæ, *arg. l. 8. §. 12. & seq. ad SC. Vell.* postea sub Constantino omnia judicia cœperunt esse extraordinaria, quod intellige ratione solennitatis formularum veterum, *l. 1. 2. C. de form. & impetr. subl.* interim alio respectu etiam hodie alia judicia ordinaria, alia extraordinaria dicuntur, *vide infra disp. 12. th. 1. lit. C.* De cognitionibus Prætoriis selecta quædam adde apud Hot. 7. *obs.* 4. & de d. l. interpretatione eundem pro Martino contra Bulg. Joan. & Acc. vide 4. *observ.* 8. *adde etiam Forcat. necyom. dial. 65. Vaud. 1. quæst. 42.*
b) si quid vel non ut oportuit gessit, vel ex negotiis gestis retinet, §. 1. *Inst. de oblig. ex qu. contr. l. 5. princ. de obl. & act. l. 23. de R. I. l. 2. ubi glos. Bart. & Dd. hic. Delrio ad d. l. 23. c. 14. in fin.* c) *d. l. 23. ibi: negotia gesta.* ubi legendum (quidam) non (quidem) *l. 11. hic, l. 20. C. eod.* d) *d. §. 1. Inst. ibiq; Ang. Mynf. Sneid. Mynf. & communiter Dd.*

Sich.

Sich. in d. l. 20. C. eod. P. Fab. in d. l. 23. nu. 121. Bocer. ib. c. 4. num. 12. Delrio ibid. d. c. 14. quia si regulariter ad exactissimam diligentiam gestor cogeretur, nemo facilè alterius negotia curaturus esset, quod tamen fieri societatis humanæ interest: cùm nec tutor quidem levissimam culpam præstet, *l. 7. C. arb. tut. nec obstat l. 24. C. de usur.* ubi omnis diligentia non alia est quàm ea quam mater suis rebus adhibere solet: ac quoties hujusmodi diligentia requiritur, (uno deposito excepto) levis tantùm culpa venit, *§. fi. Inst. de societ. l. 5. §. 2. commod.* & cùm culpa levissima penè non sit culpa, ideò mirum non est, eam ne quidem implicitè culpæ nomine contineri, *d. l. 11. hic. P. Greg. 29 synt. 2. n. 4. Wes. par. hic, n. 10. Diss. Cujac. ad 1. sent. Paul. 4. pr. & 2. differ. Modest. ad l. 24. depos. Borch. ad d. §. 1. Inst. de obl. ex qu. contr. Vult. 1. discept. 15. Goth. in l. 3. §. 9 hic. Nebel. disp. 3. in fin.* e) *l. 3. §. 9. hoc tit.* unde rectè Dd. extruunt regulam: eum qui deserta negocia gerit, de dolo & lata culpa teneri, *arg. l. 23. de R. I. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dix. l. 223. 226. de V. S. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. ad Trebell. &c.* f) *l. 11. l. 22. hic.* casus igitur fortuitus tum imputatur gestori, cùm ejus culpa casum præcedit. *adde l. 6. C. de act. pign. Seb. Med. p. 2. de cas. fort. q. 11. n. 15* Potest tamen & hic pactum fieri de casu fortuito præstando, *l. 22. C. hic, l. 1. C. commod. d. l. 23. de R. I.*

VI.

Contraria negociorum gestorum actio datur gestori adversus dominũ *a*, sive ab initio ejus fuerint negotia, sive ex post facto ejus effecta sint *b*, ad præstandum quidquid eo nomine vel abest illi vel absuturum est *c*.

a) etsi inutiliter gesserit, modò dominus gestum probârit, *l. 9. hic.* in qua omnia sunt Pomponii à princ. usq; ad illa verba: Imò puto, &c. *A. Fab 4 conject. 10.* Diss. vulgò Dd. qui putant *in pr. dicta l.* reprehendi Pomponium a Scævola. b) an igitur ratihabitio pariet actionem negociorum gestorum? utique, si negocium non meum mea contemplatione gestum fuerit, *l. 6. §. 6. 9. 10. l. 9. hic, l. 50. mand. l. 7. C. quod cum eo.* si verò meum negocium mea contemplatione sit gestum, & ego ratum habeam, mandati actio erit, *l. 56. de judic. l. ult. ad Maced. l. 60. de R. I. l. 25. C. de don. inter vir. c. 10. de R. I. in 6. ubi P. Peck. n. 5. Pac. 2. antin. q. 53.* Aliter gloss. & Dd. reprehensi a Robert. 2 *sent. 6.* ubi & ipse aliter distinguit, nempe inter falsum procuratorem & eum qui affectione ductus alicujus negocium gessit. c) ut quod utiliter de suo impendit: usuras quas præstitit, vel quas ex pecuniis in aliena negocia impensis potuit percipere. Si tamen domino prohibente sui potius lucri causa aut deprædandi animo negocia quis gesserit, non est ut hac actione impensas se consequi posse speret, *l. ult. C. hic.* Quid si in re communi unus dominorum prohibuit, alter non, an qui non prohibuit, actione neg. gest. tenebitur? *vide Pac. 2. antin. q. 55. ubi rectè explicat l. 8. §. ult. hic.*

VII.

CALUMNIATOR *a* est, qui sciens prudensq; per fraudem alicui negotium facit in judicio *b*: qui in civili judicio ordinariè ex edicto actione in factum *c*: quandoq; etiam extra ordinem punitur *d*: in publico judicio olim calumniatoribus ordinariè ex l. Remnia imprimebatur in fronte litera K vel C *e*: postea vigore inscriptionis tenebantur ad pœnam talionis *f*: hodie arbitrio judicis pro delicti qualitate puniuntur, & infames fiunt *g*.

a) post-

a) postquam expositum est, qui tum suo, tum alieno nomine postulare & agere possint, subjicitur tit. de calumniator. *Dd. vulgò, Wes. Cujac. par. hic.* aliam tamen connexionis rationem reddit Cujac. ex ambiguitate vocis (negotii) 23. *obs.* 16. b) *Paul. 1. sent. 5. in pr. ubi Cujac. l. 1. 2. 3. & passim hic, l. 1. §. 1. ad Turpil. l. 233. ubi Alc. & Gœdd. de V. S.* sive civili privato, sive criminali publico, *l. 1. §. 1. hic, d. l. 1. & arg. tit. ad SC. Turpill.* ut vexet alterum, vel aliquid ei extorqueat, *ut in l. 41. de pet. her. l. 29. §. pen. mand. l. pen. ad exhib. arg. l. bona fides, ubi Dec. & vulgò Dd. de R. I. l. 1. 2. C. de jur. propt. cal. l. 40. de cond. & dem. vide Wes. par. hic, nu. 3.* c) ut restituat quod pro calumnia accepit, *l. 1. pr. l. 7. in fin. hic.* & datur hæc actio intra annum in quadruplum, *ut vi bon. rapt. l. 5. hic. VVes. ibid. n. 5.* post annum in simplum, quia est rei restitutoria. d) *l. pen. hic. Paul. 1. sent. 5.* unde est *l. 3. ad Turpill.* ex qua Cujac. ibi Paulum emendat, ut pro (in publicis judiciis) legatur (extraordinariis criminibus:) movetur *l. 1. §. 1. ad Turpill.* Quomodo de calumnia pronunciare solitus sit judex vide Briss. *lib. 5. formul. pop. Rom.* e) *l. 13. de testib. ibiq; Charond. l. 13. qui test. fac. poss.* id postea sustulit *l. 17. C. de pœn. Cujac. 7. obs. 13.* Quin & actio in factum extra ordinem huc pertinebat, *facit d. l. 1. §. 1. & l. pen. hic.* f) *l. 7. & l. fin. C. hic. arg. tot. tit. de accus. & inscript. vide infra p. 2. disp. 31. th 3.* g) *l. 1. qui not. inf.* dixi ante *disp.* 8. Quomodo hodie ex Constitutionibus omnia crimina sint extraordinaria, explicat Cujac. 8. *obs.* 33. Adde quæ de pœnis calumniatorum notant gl. & Dd. *in d. l. 1. §. calumniari, ad Turpill. VVes. par. hic. Menoch. 2. arb. jud. q. 322. Laur. Tennin. caut. tr. caut. 1.*

DISPUTATIO XI.

De restitutionibus in integrum.

Respondente Josepho Amman ab Ammanseck, Styro.

THESIS I.

Restitutio in integrum *a* est redintegrandæ rei vel causæ actio *b*: ea fit à Prætore vel alio magistratu qui hoc imperium habet *c*, & in foro rei agitatur tum, si quis in personam agere velit *d*, & semel data vel negata iterum non conceditur, nisi novis emergentibus defensionibus *e*.

a) quæ extraordinarium juris remedium dicitur, *l. 16. pr. de minor. arg. l. 3. C. hic, l. 4. C. si adv. rem jud. l. 3. C. si adv. libert.* quia contra jus commune competit eo ipso quod jure communi damnatum ex justa causa liberat, *Dd. in l. 3. §. 1. de oper. nov. nunc. Jo. Maurit. tr. hic, c. 2. nu. 8. & seqq. Sfort. Odd. eo. tr. q. 1. art. 6. & seq. Revard. ad ll. XII. tabb. c. 7.* b) *Paul. 1 sent. 7. l. 3. 5. hic, l. 24. §. 4. de minor. l. 178. §. 1. de R. I. Maur. d. tr. cap. 1. & c. 271. Fr. de Chald. ad l. 3. C. de restit. min. verb. implorare, n. 3. 4. arg. l. 2. C. in qu. caus. rest. Cuj. par. hic. confer l. 17. in fin. de minor. l. 9. §. 3. quod met. caus. l. 34. ibiq; Gœdd. nu. 2. de V. S.* Actio hîc non jus persequendi in judicio apud judicem pedaneum, sed factum Prętoris restituentis, hoc est, legis actionem significat, *l. 105. de R. I. Baro in l. 2. hic, vide l. 3. §. pen. de don. int. vir.* Actio igitur rescissoria differt à restitutione, ut consequens ab antecedente, *§. 5. ubi Don. nu. 3. 5. & seqq. Inst. de act. l. 35. de obl. & act. l. fin. C. ex qu. caus. maj.* vide benè allegata à Bocer. *disp. 14. th. 3.* & ita Dd. vulgò intelligendi sunt, cùm distinguunt inter rescindens & rescissorium. *Diss. Cujac. ad 1. sent. Paul. 7. & 7. obs. 31.* ubi

ubi Goveanum perstringit. *Wes.par.hic,num.ult.* c) *l.1.eod.l.fin.C.ubi & apud quem.Wes.par.hic,n.1.Cujac.par.C.eod.Dd.in l.3.de jurisd.ubi Bart.nu.19. Coras.n.30. & 3.misc.17.nu.17. & ult.per l.26.ad municip.Vacun.6.declar.*81.*nu.*1.2.*Diss.ii qui allegantur suprà disp.3.th.4.lit.B.& C.vide & Vaud.1.q.22.* Atq; ita de causa restitutionis in integrum compromitti in arbitrum non potest, quia compromisso non tribuitur jurisdictio, *d.l.fin.C.ubi & apud quem.Maur.d.tr.c.*40.ne quidem si incidenter cognoscat, *d.l.fin.* quod tamen secus est jure Canonum, *c.9.hic,ubi Panorm. nu.7. vide Cald.d.loc. nu.25. & seq.Wurmbs.1.pract.obs.tit.3.* Magistratus verò, cui restituendi potestas est, quin eam mandare possit, non est dubitandum, *d.l.fin. Duar.c.2.hic.Maur.d.tr.c.37. adde alleg.suprà disp 3.th.7.lit.D.Vacun.d.declar.*81. *Odd.d.tract.p.1.q.32.art.2.* d) *l.2. C.ubi & apud quem. Duar.c.3.hic, l.2. C.de jurisd.* in loco rei sitæ, si in rem agatur, *l.ult.C.ubi in rem act.Duar.d.loc. Diss.Marant.p.6.spec.tit.de appell.nu.77. Maur. d.tr.c.36.* qui volunt regulariter peti restitutionem in foro rei. Id singulare, quod solus Princeps contra sententiam procuratorum suorum restituit, *l.9. in fin. l.* 10.18. *§.pen. de minor.l.1.C.ubi & apud quem,l.3.C.si adv.rem jud.* e) *tot.tit.C.si sap.rest.postul. Mynf.* 1. *obs.*52. nec interest an restitutus priore restitutione potuerit uti. *Maur.d.tr. c.*132.*n.3.Diss.diversimodè Bart.Ang.in d.l.fin.vide Maur.c.*258.*& seq.*

II.

Porrò petenda est restitutio partibus præsentibus, & causa propter quam petitur plenè probanda *a*: (non verò datur ob minimam rem in præjudicium summæ majoris *b*:) & per procuratorem expediri eam posse non ambigitur *c*. Quia verò non læsis tantùm ipsis, sed & eorum successoribus datur hoc beneficium, ideò magis est ut reale censeatur *d*, quo postulato impeditur executio *e*, nisi fortè constet morandi tantùm animo restitutionem peti *f*.

a) non enim fit nisi causa cognita, *d.l.3.l.5.hic,l.13.16.de minor. Mynf.1.obs.49. & 4.obser.* 21. si verò incidenter restitutio petatur, summaria læsionis cognitio sufficit, *Mynf.d.observ.21.& 4.obser.*17. quod idem est, si ex ipsa rei natura læsio appareat, *Hart.Pist.1.q.57.n.59.& seqq.* b) *l.14.ubi Cujac.& Dd.hic,l.9.§.fin.de dol. Pinel. ad l.2.C.de resc.vend.p.1.c.1.n.25.* Non quia in introductis contra jus commune minimum non curetur, in receptis de jure communi curetur: repugnat enim illa distinctio multis textibus, *ut l.18.§.2.commod.l.12. de imp.dotal.l.54. de contr. emt.l.19.locat.l.10.§.si de adq poss.vide Cujac.in d.l.4.Zas.1.sing.intell.26.Covar.1.var.resol.3.n.11.& seq.Diss.Bart.Costal.& vulgò Dd.in d.l.4.Ias.in auth.qui rem,C.de SS.Eccl.* Liberis certè libertinisq; parentum patronorumq; reverentia omnem restitutionem adimit, quamdiu juris communis remedium aliquod non famosum superest, *l.si.qui & adv. quos,ubi Dd. vide l.2.C.si adv. rem jud. l.5. C.de dol.Maur.d. tr.c.224. Cald.in d.l.3.verb. læsis,nu.155.* c) *l.un.C.etiam per procur.cum speciali mand.l.25.§.1.l.26.de minor. Bald.in d.l.un.* si tamen incidenter petatur restitutio, generale mandatum ad agendum datum sufficiet, *Bart.in d.l.25. §.1.num.3. ibidemq; Costal. Wurmbs.1.observ.pract. tit.15.obs.2.Mynf.2.obs.26.n.4.Maur.d.tract.c.25.* Sive autem per se, sive per procuratorem restitui quis petat, semper id fiet per implorationem officii judicis, ut vel ex mero officio restituat, vel det actionem quod metus causa, aut de dolo, *Bart. in d.l. 16.de min.Cuja.ad l.1.pr.hic.Diss.Martin.glossogr.rectè notatus à Cuj.ad d.l.16. Maur.d.tr.*

*c.11.num.4.& 5.vide & Alc.2.parad.*10. d) *l.6.hic.l.3.§.9.l.18.§ fin.de minor.arg. l.68.l.196.de R.I.l.12.13 sol.matr.Maur.d.tr.c.*13.(Dissen.alii, qui personale faciunt hoc beneficium, quos sequi videtur Cujac. *in l.13. de minor.* alii mixtum, quos sequitur Mynf.4.*obs.*18 & 19.*Wurmbs.d.tit.25.obs.*3.) Unde adversus quemcunq; possessorē rei in subsidium deficientis remedii ordinarii dabitur, *l.13.§.fin.de min.l.30.§.1.ex quib. caus.maj.vide Maur.d.tr.c.21.Pinel.ad l.2.C.de resc.vend.p.2.c.1.n.33.& seq. Oldend. class. 6.act.8.q 4.vers.interdum,adde per discursum Sfort.Odd.tract.hic.p.1.q.17.art.8.& Covar. 2.var.resol.3.nu.*10.atq; hinc etiam ad heredes hoc remedium pertinet *d.l.6.hic, l.18.§.fin.l.24.§.1.l.44.de minor.* non item ad fidejussores, *facit l.25.de fidjuss.* (de cujus vero intellectu vide *infra p.2.disp.28.th.3 lit.B.*) *l.1.C.de fidejuss.min.Gomez.2.variar.resolut. 14.num.6.& 9.Mynf.4.obs.18.& 19.Maur.d.tract.c.13.&* 14. (Secus est in beneficio *d.l.2.* ex quo actio est merè personalis, *Pinel.d.loc.Diss.Bald in d.l.2.nu.16. vers.mihi autem.*) Hinc etiam est, quòd hoc beneficium ad litis ejusdem consortes extenditur in rebus sui natura individuis, *l.un.ibiq; glos.C.si in comm.ead.caus.arg l.10 §.fin. de appell.l.1. 2.C.si unus ex plur.Soar.lit.R.num.71 Maur.d.tract.c.185 Diss.Gomez d.c.2.nu.10.& post Bart.Dd.in d.l.un.* e) *l.un.C.in integr.rest.post Marant.p.6.spec.num.96.(Dissen. Bald.in l fin.C.de ord.cogn.)* etsi a Principe vel ejus Senatu supremo nata sit sententia, *d.l.un.Cassiod.decis.1.sub tit.ut lit.pend.num.6. Abb in c.suscitata.in fin.Mascard.3.de probat.conclus.1275.num.16.18.20.Tessaur decis 181.per tot.Diss. Alex.in l.4. §.condemnatum. col.7.vers.fallit, de re jud.& Wurmbs.d t.25 obs.*1. f) *c.suscitata.ubi Panorm hic. vide post Mynf.1.obs.48.& 6.obs.80.quæ habet Boc.disp.14.th.17.Maur.d.tr.c.28.nu.4.Tessaur.d.decis.*181.

III.

Tempus quod attinet, jure novo quadriennium continuum ei petendæ datur *a*: unde tamen subducitur minor ætas, & omnis legitima causa *b*.

a) olim erat annus utilis: qui mutatur *in l.fin.C.de tempor.restit.ut ibid.notant Dd.Bart.in l.15.§.3.ex quib caus.maj.num.12.(Diss.Jas.in §.rursus,Inst.de act.* ubi tentat, quia ignoranti hoc tempus non currit, ideò ratione istius principii dici posse utile, *vide Wurmbs.1.pract.obser.tit.25.observ.4.*) Illud etiam non improbabiliter tentari potest, dispositionem *d. l. fin.* non ad omnes restitutionum species pertinere: cùm etiam tantùm restitutionis majorum & minorum mentionem faciat, easq; comparet, *confer l.14.§.1.ibiq; Cujac.quod met.caus.l.6.de alien.jud.mut.caus.l.9.§.1.quod fals. tut. aut. l.21. §.2.quod met. caus.l.2.§.fin.de cap. min. &c.* Utut sit in praxi Cameræ etiam quadriennium illud non observari attestatur Mynf. 1.*obs.* 51. b) *l.fin. ubi Bart.num.3.hic.Govean.1.l.44.* ubi rectè *in d.l.fin.* pro (rempublicam) legit (rem judicatam.) An ignorantia etiam hinc subducatur, hoc est, an ignoranti tempus hoc currat, quæritur? Currere verius est, *arg.l.ult.C.de præscr.long.temp.Wesenb.par.ex quib.caus.maj.nu.10.Dissent.Jas.ubi suprà, Geil.2.observ.48. nu.5.ibiq; alleg.* Nisi tamen reclamarit adversarius, etiam de jure communi post quadriennium peti posse putem, *arg.l.6.C.de temp.rest.Maur.d.tr.c.*47.Diss.alii per rationes allatas *ibid.nu.*1. Et si minori tempore læsus quis sit, adhuc totum quadriennium restitutioni implorandæ competere dixerim verius, *arg.Clem.un.de restit.in integr.Maur.c.*42.ubi vocat dubitatissimum articulum, *Mynf.ad §.rursus,Inst.de act.nu.32.Diss.Jas.ibid.num.69.vide Bart.in d.l.15.§.3.n.12.*

Primò

IV.

Primò autem *quod metus* a *causa* gestum *b* est Prætor rescindit *c*,& vel actionem dat ad refundendum, vel exceptionem ad defendendum *d*. Et quia difficilis est metus probatio, ideò arbitrio judicis permittitur *e*: neque tamen opus est patientem de metu protestari *f*.

a) qui Aristoteli προσδοκία κακοῦ, nostris JCtis timor majoris malitatis dicitur, *Arist.3.Ehic.6.& 2.Rhetor.5.& 4.de part.animal.11.Cujac.ad l.3.ex quib. caus. maj. Oldend.class.6.act.*10. Unde Jul. Scaligero metus deducitur κατὰ τὸ μετιέναι, quòd ex eo amittatur constantia, *Cujac.d.loc.Borch.tract.de transact.c.3.nu.*105. quia metus liberam voluntatem tollit, si ejus principium intueamur, non ipsum volendi eligendi actum, *l.1.l.21.§.fin.hic,l.13. C.de transact. l.9. C.de contr.stipul. cap.14. de sponsal.Pac.2. antinom.qu.67. Cujac.16.observ.40.Covar.epit.de sponsal.p.1.§.1.c.4 num.11.& seq.adde infra p.2.disp.6.th.5. lit.D.& E.* Et quia talis metus requiritur, qui in constantem virum cadat, *l.3.§.1.l.6.7.pr.hic,l.6.8.9.C.eod.& passim sub h.t.Wes.pulchrè par.hic, num.5.* ideò nõ immeritò quidam dubitant, an timor infamiæ vel alicujus vexationis huc referri debeat, *c.6.hic,c.28.de sponsal.l.vani.*184. *de R.I.* (ubi Joan.Leunclajus 2. *notat.* 148. pro: excusatio nulla est: legit: vani timoris æstimatio nulla est.) vide Sarmient. *2.select.interp.*18. *Zoannet.rer.quotid.44. Covar. in c. peccatum, p.2.§.3.num.7.de R.I.in 6.* Et hinc vulgò quinq; metus genera faciunt Dd. *in §.quadrupli, Inst.de act. alii tria, ut Modest.Pist. 1.cons.26.nu.1.* verius est, judicem id totum ex facti circumstantiis arbitrari debere, an metus illatus talis sit, qui edicto locum faciat. *Menoch. 2. arb. jud.q.*135. *Covar.d.epit.de sponsal.p.2.c.3 §.4.nu.8.Geil.1.de pac.publ.2.nu.5. adde lit.E.* Illud tamen expeditum est, quòd metum non jactationibus tantùm, sed atrocitate facti conveniat probari, *l.9.C.hic,l.13.22.C.de transact.vide Geil.2.obs.93.n.14.& seq.*

b) quid si vi metúve extortum juramentum, an absolutio antè petenda, quàm fiat restitutio? Negant plerique Legistæ, quos refert Maur. *c.* 121. Canonistæ ferè affirmant. benè distinguit Panorm. quem sequitur Geil. 2.*obser.*42. an factum super quo juratur ipso jure prohibitum sit necné. Quid si minæ tantùm interpositæ sint? Judex adeundus, & cautio de non offendendo postulanda est, cui, ne elusoria reddatur, judex ferè pœnam addit, *l.66.ad Trebell.l.5.C.de his qui ad Eccl.Menoch. 2.arb.jud. quæst.*140. *Gomez.3.resol.6. num.16. Geil.1. observ.4.*

c) ut hoc fiat exigitur damnum datum esse, *l.12. §.2. l.seqq. hic.*

d) *l.9.§.3.ubi Bart. nu.1.hic.Gœdd.ad l.*179. *de V.S.nu.9.*

e) *l.3 ex quib.caus.maj. Alc.præsumt.7. reg.3. Menoch.cons.*410. ubi agitur de casu, in quo dubitatur an metus præsumi debeat, *vide eund.cons.*443. *nu.*58.

f) *Bart.in l.2.§.6.si quis caut.Alex.in l.6.§.fin.de adq.her.gl.in c.1.his.Diss. Acc.in l.in omnibus.40.de reg.jur.*

V.

Actio hæc personalis quidem, sed tamen in rem scripta *a* est arbitraria *b*: in qua, nisi restitutio fiat *c*, condemnatur reus intra annum in quadruplum, post annum in simplum *d*: quod tamen non una eademq; sententia expeditur *e*.

a) *l.9.§.fin.juncto §.30. Instit.de act.* rectè igitur mixta dicetur, *Sich.in rubr.C. hic,nu.11.Cujac.in l.1.de dolo (Diss.Donell. ad §.1.Inst.de act.Pac.2.antin.q.72.vide & Menoch.5.remed.recup.poss.num.77.& seqq.)* unde contra omnes datur, qui lucrum per-

ceperint ex gesto per metum, *l.14.§.3.hic.* quod benè explicat Wes. *hic, nu.*4. Et hinc notabilis differentia inter exceptionem metus & doli elucet. In metu hoc quæritur: an omninò metu aliquid factum sit, *l.4.§.fin. de except. dol.* in dolo id spectatur: an aliquid dolo actoris factum sit, *l.2.§.1.eod.* quippe ibi in rem agitur, hîc in personam, *Iac.Curt.1.conj.*14. b) *l.14.§.4.arg.§.præterea, Inst.de act.* Sunt autem arbitrariæ actiones nec bonæ fidei, nec stricti juris, sed tertium quoddam genus constituunt: & in iis judex tanquam arbiter honorarius ante sententiam jubet reum aliquid facere convenienter ejus actionis, quæ intentatæ est naturæ, ut si paruerit reus absolvatur, si non paruerit condemnetur, *latè Donell.ad* §.31. *Inst.de act. Duaren. in l.5.de in lit.jur.n.*40.*& seq.Donell.ibid.n.*12. *Menoch.1.arb.jud.quæst.*3.*n.*13.*contra Cujac. & vulgò Dd.*quorum variæ opiniones enumerantur ibid. *vide Vult.2.jurispr.4.nu.*50. c) intra menses quatuor à sententia, *arg.l.fin.§.ult.C.de usu. rei jud. Dissent. Bart.ad l.2.C.de execut.rei jud.*quem pleriq; Dd.sequuntur *ad §.quadrupli, Instit.de act.* volentes & tempus illud esse in arbitrio judicis. d) *l.14.§.1.& seqq.hic, l.4.C. eod.*quadruplatur autem res cum fructibus & omni causa, *l.14.§.7.hic, vide Gœdd. ad l.179.de V.S.num.5.* e) *glos.in d.§.verb.tueatur, & in l.4. ubi Dd. C.hic. Wes.par. hic, num.6. Donell.ad d.§.*[illegible]*.Inst.de act. Dissent.Ias.Fab.Zas.Sneid. in d.§.quadrupli, arg.l. penult.C.unde vi, l.penult.C.locat.l.6.§.1. de re judic.* Coronidis loco ex *l. extat hoc tit.* (ubi dicitur, eum qui rem debitam propria auctoritate quasi per ignorantiam fortè occupavit, aut pecuniam debitam per vim exegit, jus crediti amittere:) dignum annotatione videtur: id rectè porrigi etiam ad eum creditorem, qui crediti nomine rem non debitam occupavit, *Cujac.in d.l.extat, Menoch.d.rem.5.recup.poss.n.6.* imò & ad eum qui occupavit autoritate judicis incompetentis, *Menoch.d.loc.num.8.Donell.in l.7.C.unde vi, nu.5.* Non tamen rectè dispositio illius l.porrigitur ad eum, qui pignoris possessionem ex conventione sua autoritate ingreditur, nisi vim adhibuerit, *latè Donell.in l.3.C.de pignor.Dissent.Hotom. ibid. vide & Menoch. d.loc.nu.28.& seq.* An ad eum porrigatur, qui legatum propria auctoritate occupavit, *vide infra p.2. disp.13.th.7.lit.B.*

VI.

Secundò *de dolo malo a*, si is negotiis intervenerit *b*, actionem rescissoriam Prætor dat *c*, quæ cum doli exceptione non concurrit *d*, neq; cum actione ulla *e*, nisi cum actione quod metus causa *f*. Probatur dolus non nisi indiciis perspicuis *g*: quo non obstante, divisio ejus in verum & præsumtum sustineri potest *h*.

a) alius enim bonus est, *l.1.§.2.hic.* Dolus malus quid sit, *vide l.1.§.1.* definitiones Servii & Labeonis. In definitione verò Servii verba illa (machinationem quandam alterius decipiendi causa) non esse subdititia, videtur verius. *Cuj.ad d.l.1. Diss.Hotom.1.obs.20.& 4.obs.4.* b) potest omnibus rebus accidere, *l.1.in fi. de exc. dol.* sed quàm dissimiles in contractibus habeat effectus, dispiciemus suo loco accuratius. c) quæ personalis est, *l.15.§.2.hic. Diss. Coras.1.misc.22.* d) *l.fin.Cujac.ad l.1.hic, Diss.gl.in d.l.1.§.ait.4.Diss.aliter distinguens Bart.in d.l.fin.* e) ne quidem cum actione præscriptis verbis ex articulo, facio ut des, *l.15.22. de præscr. verb.l.7.§.1.de pact.latè Don.tr.de præsc.verb.c.16.& seqq.vide Coras.2.misc.10.& adde inf. disp.30.Diss.variè Dd.in expositione l.5.§.3. de præscr. verb.* imò nec cum ulla actione ex-

traor-

traordinaria, *l.1.hic.Diss.Cuj.ibid.* f) *l.18.§.13.quod met.caus.* cujus exceptionis rationes diversas vide apud Cuj. *in l.1.hic.Duar.c.1.eod.Pac.2.antin.q.74.* g) *l.6. ubi vulgò Dd.C.hic,vide & Oldend.in enchirid.de except.dol.* Utrumq; autem *in d.l.6.* teneri potest (indiciis) ut vulgò: vel (insidiis) ut legit Cuj.11.*obs.*11.ut hoc ad hypothesin Impp. propositam, illud ad notionem generis referatur. h) facit quod in illicitis dolus præsumitur, *l.41.ad l.Falci.* in licitis non item, *arg.l.18.§.1.de probat.* itaque præsumtus dolus non semper verus dolus est, & vicissim. *Dd.vulgò ad l.1.hic.Diss. post Oldend.Bocer.hic.th.27.*

VII.

Datur hæc actio omnibus dolo deceptis ut indemnes sint *a*: etiam filiæ ad renunciandum sub juramento paternæ hereditati dolo inductæ *b*: adversus eos qui dolum committunt *c*, eorumq; successores, quatenus ad eos pervenit *d*. Quia verò actio gravis est & famosa, ideò ei finiendę biennium est præstitutum *f* (quo tamen elapso in factum actio superest *g*) & convictus arbitrio judicis restituere jubetur, aut quanti ea res est juramento in litem definitivè condemnatur *h*.

a) sive aliis per dolum obligentur, *l.7.pr.hic,l.36.de V.O.l.5.C.de inut.stip.* sive jus suum perdiderunt, aut aliter damnum passi sunt, *l.9.§.1.l.18.§.1.& passim h.t.* b) *Mynss.5.obs.59.Geil.2.obs.*147. ubi vide quos ad hoc allegat *n.*10. inprimis Dec.*cons.*180. *Diss.multi per c.cum contingat, de jurejur. & c.quamvis,de pact.in 6.auth.sacramenta.C.si adv.vend.* sed jura illa intelligenda sunt de juramento cui causam dolus non dedit. *Geil.d.loc.n.*11. c) etiam pupillos, modò pubertati proximos, *l.14.§.1.& ibi Cuj.hic.* d) *l.17.§.fi.l.26.l.seq.hic.* e) *l.1.qui not.inf.* quæ etiam vera ratio est, cur ob modicum non concedatur, *l.9.in fi.hic.Cuj.ad l.4.de in integr.rest.* Ad evitandam tamen infamiam per procuratorem agitur, *dixi disp.* 8. *th.* 19. f) *l. ult.C.hic.* ubi rectè gl. & Dd. notant, ne litis quidem contestatione eam perpetuari. g) *l.itaq; 28.hic.Wes.par.hic.n.8.Mynss.ad §.præterea.Inst.de act.num.*42. h) *l.18. 24.hic.l.5.de in lit.jur.Wes.par.ibid.n.6.*

VIII.

Tertiò edicit prætor *De minoribus a*, quos ob inconsultam ætatis facilitatem lapsos vel circumscriptos *b* mero officio in pristinum statum reponit *c*, sive patresf. sint sive filiif. sive masculi sive fœminæ *d*: In hac omnium primò ætas probanda venit *e*, circa quod assertioni obstetricum, consanguineorum, vicinorum, imò & parentum *f* statur. Libri quoq; in quibus parentes filiorum natales describunt *g*, multoq; magis parœciales *h* probant.

a) annis 25. adeò, ut & extremus ille dies anni 25. & hora à momento in momentum restitutioni locum faciat, *Duar.ad l.7.Cuj.ad l.3.§.3.Wes.nu.3.hic.* De bissextili vide *l.98.de V.S.ubi Gœdd.* Hìc notandum, quod jure Saxo. minorennis quis tantùm censetur usque ad 21. ætatis completum, *Landrecht lib.1.artic.24.ibiq; glo.& art.23. Fachs.1.diff.9. Reinh.2.diff.47. Schrad.tr.feud.p.10.c.17. nu. 25.dixi suprà disp.8.th.1.lit.E.* b) quæ duo sæpè diversos habent effectus, ut quòd restitutio ad fidejussorem exten-

tenditur, si minor circumscriptus sit: non verò, si facilitate sit læsus, *Cuj. ad l. 3. 13. hic, l. 1. & 2. C. de fidejuss. min.* c) ideò Prætor non ait ut alibi (judicium dabo) sed (animadvertam) *Wes. par. nu. 8. Hotom. 7. obs. 4.* d) *l. 3. §. 4. l. 1. & 2. ubi Dd. C. de filiof. minor.* e) *l. 32. 43. hic. l. 4. ubi Dd. C. eod.* quæ probatio valde difficilis est Bar. *in d. l. 43. n. 7.* f) *arg. l. 3. §. 5. de Carbon. ed. Bar. in d. l. 43. n. 7. & in l. 1. si cert. pet. n. 15. vide Maur. c. 317. & seq.* Neq; si concurrant extranei, ii conjunctis præferendi videntur: nam præsumptio est, quòd conjuncti, & inprimis parentes hic melius norint veritatem. *Diss. Castr. cons.* 138. ubi vult extraneos præferri. Diss. & in eo plerique Dd. quòd parentum depositio tantùm indicium producat. g) *arg. l. 2. §. 1. de excus. tut. l. 2. C. si min. se maj. dix. Maur. c.* 320. h) *Maur. c. 321. Menoch. de arb. jud. cent. 2. cas. 116. n. 4.* & id usu etiam apud nos servatur. Quod autem de restitutione minoris dicitur, id rectè trahitur etiam ad prodigum, qui adulto curatorem habenti comparatur, *l. 3. C. hic. arg. l. 8. §. 1. l. 11. de reb. eor. vide Gomez 2. var. resol. 14. n.* 30. & is hoc beneficium implorare potest etiam adversus gesta ante bonorum interdictionem, *arg. l. 3. C. de cur. fur. l. 12. in fi. de tut. & cur. dat. Bart. Castr. & alii in l. 25. de fidejuss. Diss. Ias. in l. 6. de V. O. n. 12.* Sed an, quod de minore restituendo jure constitutum est, etiam ad Ecclesiam vel Remp. porrigetur? Id vulgò Dd. indefinitè affirmant, *per c. 1. & 2. ubi gl. & Panor. hic. l. 22. ex qu. caus. maj. l. 4. C. eod l. 3. C. de jure Reip. l. 9. de appell.* Sanè verius videtur in cõtractibus restitutionem illis non concedi, sed si civitas vel Ecclesia contraxerit, utramq; sine spe restitutionis obligari: *pulchrè Donell. in l. 27. de reb. cred. n. 5. 6. 8. vide Hartm. Pist. 1. q. 37. n. 5. 6. & seqq.*

IX.

Restituitur ergò minor primùm adversus contractum de jure subsistentem *a*: etsi mediante juramento is celebratus sit *b*, etsi juratum esset super contractu aliàs invalido *c*. Multò magis igitur si præmonitus de beneficio sibi competente non esset *d*, vel si impubes esset is qui juravit, licet pubertati proximus, restitutionem ei dari æquum est *e*.

a) *facit l. 16. princ. hic, ubi latè Dd.* Interim tamen verum est, quòd minor adversus venditionem aliumvé contractum restitutus, precium vel fructus venditori, qui in ejus utilitatem versi non probantur ab adversario, restituere non cogatur, *l. 24. §. 1. l. 27. §. 1. l. 47. in fin. hic. l. 32. §. 4. de adm. tut. arg. l. 7. 8. quæ in fraud. cred. adde l. 26. de liber. leg. l. unic. C. de reputat. Goth. & Cuj. in d. l. 24. & 4. hic, Duar. in l. 1. eod. Pinell. in l. 2. p. 3. c. 1. n. 27. C. de resc. vend. Fulgos. in l. 1. verb. occurrebat, C. si advers. cred. Diss. Molin. tr. de usur. q. 37. & alii quos refert Pinel. d. loc. adde Wes. hic, in fi.* In utilitatem autem versum esse ut probetur, non sufficit ut constet ad pupillum vel minorem pervenisse, sed præterea etiam in usum ipsius erogatum esse, *l. 1. 2. C. si adv. cred. l. 10. 16. C. de præd. min. Fachin. 2. controv. 45. Menoch. 6. præsumt. 27. n. 6. & recup. poss. remed* 15. *nu.* 568. *Diss. variè Dd. quos vide apud Fachin. d. loc. adde Mascard. 3. de probat. concl. 1164. Pinel. ad d. l. 2. p. 2. c. 4. nu.* 66. Porrò an contractus ille de jure subsistat, quando minor autoritate tutoris interveniente transigit super re dubia cum adversariis absq; decreto judicis, dixi supr. *disp. 7. th. 2. in fin.* An verò pace rupta, quam minor curatore autore inierat, pœna per stipulationem promissa committatur? elegantis considerationis est. committi verius æquius puto, hac potissimum ratione, ne contractus claudicet, *pulchrè Farinac. lib. 1. prax. crim. tit. 2. q. 15. num. 53. & seqq. Fachin. 1. controv. 44.* (*Diss. vulgò Dd. ibid. copiosè allega-*

allegati.)in tantum,ut ne quidem adversus ejusmodi pœnam cōmissam restituendus minor veniat, *per doctrinam infrà th.12.lit.C.allegatam.Farinac.d.quæst.15.num.28.vers. amplia quartò,& n.56.in fin.* (*Diss.Sfort.Odd.tr.hic,p.2.q.85.art.7.n.58.& multi allegati à Farinac.d q.15.nu.53.*) An verò etiam datur contra tertium possessorem minori restitutionis beneficium? quod puto in subsidium saltem,*per ea quæ notantur sup.th.7.lit. D.& in casibus quos notat Nic.Vigel.li.5.meth.jur.contr.c.3.reg.10.exc.1.2.3.Dissen.A.Fab. thil.1.de error.pragmat.decad.7.error.2.* b) *l.1.& auth.seq.C.si adver.vend.Maur. c.112.Geil.2.obs.41.nu.5 & seqq.vide Dyn.quem sequitur & refert Cyn.in l.2.nu.6.C.de resc. vend.Salic.ibid.n.15.Bald.in l.si duo,13.§.Iulianus.1.circa pr.de jurejur.Ant.But.in c.pen.de emt.vend.n.15.* c) *arg.c. quamvis in 6.de pact.ubi Covar.part.2.§.1.n.7. Alc.in l.6. C.de pact.n.25.& in c.cum contingat, de jurejur.n.116.Bart.& vulgò Dd.ad d.auth.vide relatos ab Ias.ibid.n.33.& seqq.* quamvis ipse tandem *n.46.*superioribus accedat. Multò magis igitur hoc verum est,si contractus sit nullus ex defectu solennitatis requisitę, vel etiam pœna proposita prohibitus, ut tum vi juramenti accedentis non prohibeatur restitutio,*Ias.d.lo.Geil.d.obs.41.in fi.& 2.obs.65.n.5.& seq.* d) *Ias.in d.auth. n.54.& seqq.post Dyn.Bald. in d.l.2.* & alios veteres hoc æquius,& de jure fortè verius dicit, sequitur Capel.Tholos. *q.49.Diss.Bart.ibid.n.16.Alex.ibi.n.38.& vulgò Dd.quib. & Ias.in d.lo.*tandem se aggregat, & ab eorum opinione judicando non esse recedendum dicit: quia sit communis: *sequitur Maur.c.113.Pinel.in l.2 p.3.c.1 nu.10.C.de resc. vend.& Geil.d obs.41.n.9.*ubi tamen fatetur esse tutissimum,ut talis præmonitio prę-cedat, & instrumento inseratur, de qua cautela Guid. Pap. *decis.227.* & id ad evitandas disputationes perpetuò tenendum ait Val.Franc. *tr.de fidej.c.2.n.141.* e) *gl. & Ang.in l.qui jurasse,26. de jurej.Cyn. Fulg.Castr.in d.auth.Bald in l.pactum.4.C.de collat.sequitur Gomez.2.var. resol.14.nu.8.* ad quod ego inprimis pondero,quod d.auth. expresè loquitur de sacramentis puberum: nec obstat,quòd alibi pubertati proximi pro puberibus habentur: nam hîc debet plus operari rei veritas, quam juris fictio.*Diss.gl.& Panor.in c.ex literis,de sponsal.Bart.& Ias.in d.auth. Dec.in l.pupillum* 111. *de R.I.n.4.Covarr.d c.quamvis,part.5.§.1.n.3.*obiter & hoc addo:non satis bona ratione niti axioma Dd.*de quo Ias.in d.auth.n.55.*quòd per sacramentum minor prę-sumatur major: ut non immeritò illud impugnet Maur.*d.c.113.& seq.*

X.

Interim tamen minor beneficio restitutionis per juramentum renuncians nihilominus poterit restitui, si dolo adversarii id effectum fuerit *a*: etiam adversus hereditatem extranei aditam, restituetur, si nōdum ea distracta sit *b*: restitutus verò adversus hereditatem repudiatam, pro eadem rursus deferenda restitutionem obtinebit *c*.

a) *facit quod Dd.d. auth.sacramenta.* de juramento non per dolum obtento accipiunt,*dixi sup th.9.lit.B.* neque absolutione à tali juramento opus erit.*Diss.Canonist.in c.1.de jurejur. Bald.in l.1.C.si advers.vend.& in l.3.C.de reb.cred.vide Maur.c.115.* b) *l.1.C.si min.se hered.abst.l.7.§.5.l.quod si,24.§.2.hic, Panormitan.in c.ex parte, de rest. spol.n.15.Covar.1.var.resol.5.n.2.* Imò amplius, si cum beneficio inventarii adierit, poterit postea per restitutionem obtinere, ut simpliciter & sine illa qualitate heres sit. *Bald.in d.l 1.C si min.se her.abst. Maur.c.118.* c) facit expressus textus,*in d.l.7. (alius est l.et si sine, 8.) § restitutus 9. hic, Maur.cap.131.Diss.Bald.per l.2.C.si sæp.rest.pet.ubi Bart.*

Bart.l.fi.ibid.vide sup.th.4.lit.C. Dissent.aliter Goth.in not.ad d.§.9. ubi putat hoc correctum esse *per l.fin.§.ult.vers.non autem,C.de bon.qua lib.*

XI.

Idem est, si indebita solvat legata *a*, vel absque Falcidię detractione solvat *b*. Et si curatori solutum fuerit à debitore minoris, & graviter ex ea solutione læsus est, minor restituetur *c*: quod secus erit, si jubente judice fiat solutio *d*.

a) *l.fin.ubi Dd.C.si adv.sol.* At videbatur hic locutus esse remedio ordinario, scil. actionis, *l.29. de cond. indeb.* hic curatore non autore: ibi eo autore solvit, & ex errore juris, puta ex imperfecto testaméto, *vide Maur.c.*180. Diss. variè Dd. in harum ll. conciliatione. b) est enim & hîc juris error, *vide gl. & Dd. in d.l.fin.* c) *l.2.C.si adv.sol.* (ubi promissum beneficium rectius legitur quàm permissum, *Cuj.17. obs.6.*) *l.2.3.C.si tut.vel curat.interv.arg.l.29.47.hic.Cuj.ad l.ait,7.§.1.hic.Maur.c.176.& seq.* itaq; iis casibus omninò plena liberatio debitori non quæritur. Diss. multi, quos refert & sequitur Fr. de Caldas *ad l.3.C.hic, verb.lesis, num.60.& seq.* Quando plena, plenior, plenissima liberatio ex tali solutione contingat, vide Dd. & gl. *in d.l.7.§.2. vers. permittitur.* quam benè examinat Maur.*c.*177. d) *l.sancimus.25.C. de admin.tut.§.at ex contrario, ubi Dd.Inst.quib.alien.non licet.* & ita plenissimè debitor liberatur. *Diss.gl.in l.siquidem,12.C.de prad.min.per illum text.*

XII.

Adversus præscriptionem verò regulariter restitutio minori non conceditur *a*: quod idem est, si minor adversus minorem restitui desideret, nisi diversa utriusq; sit ratio *b*: neq; succurrendum est minori in delictis, ubi dolus ipsius apparet *c*: (in quibus non habeo veram contumaciam *d*,) quanquam ætatis intuitu pœna possit mitigari *e*, ad quod tamen judex non tenetur *f*. Quod si minor confessus sit delictum, de quo aliâs non constabat, restitui adhuc debet *g*.

a) *l.fin.ubi Bart.C.in quib.caus.rest.non est nec.l.3.C.quib.non objic.prascr.* Dico regulariter: sc. adversus præscriptionem conventionalem, nam legalis nullo modo adversus minorem currit, *l.un.C.si adv.usuc.vide Balb.de prasc.1.p.6.& ult.p.n.29.Mau. c.93.& seqq.Diss.Cast.& alii in l.fin.C.si quis ign.* qui volunt, quòd jure Dd. nulla currat præscriptio minori, quod jure C. sit secus. sed id refutat *l.7.§.pen.l.37.§.1.hic,&c.* Aliter & non improbabiliter quidem distinguit Duar. *in d.l.fin.* contra præscriptiones seu exceptiones temporales, minorem tutum esse ipso jure, nisi sint exceptiones temporis longissimi, *d.l.fin.* aut ex conventione partium constituti, *arg.l.38.de minor. ubi Cujac.juncta l.32.C.de appell.* contra has enim minori restitutione opus esse, sicut & contra usucapionem, *l.un.C.si advers.usucap.* In eo autem falli videtur Duar. ibid. quòd existimat constitutionem *d. l. fin.* non pertinere ad præscriptiones novo jure postea introductas. Secus tamen est jure Canonico, *c.8. de in integr.restit.* b) *l.11.§.pen.ubi Cuj.l.34.hic.l.fin.ex quib.caus.maj. Cov.in c.possessor.de R.I.in 6.p.2.§.2.num. 4.Dissent.aliqui arg.l.18.de excus.tut.* unde regula: privilegiatum non gaudere privilegio, si agat contra pariter privilegiatum: de qua Bald. *in l.2.C.de privil.fisc.* c) *l.9.§.2.hic.t.t.C.si adv.delict.* sive omittendo sive committendo deliquerit, *Petr.Fab.in l.108.*

l.108.de R.I.num.5.contra Dd.vulgò. secus, si lata culpa, *gl.& Dd.in l.8.de eden.Coras.4. miscel.2.n.12.* d) cùm minor ante sententiam verè contumax esse nequeat, *l.54.de re jud.l.penult.ibiq; Duar.C.si adv.rem jud. Pac.2.antin.q.93.Gothofr.ad l.8.hic.per l.25.hic, Afflict.decis.216.num.2.Tessaur.decis.9.pr.(Diss.Maur.d.tr.c.114.)* maximè autem restituendus est, ubi de læsione constat, *Verall.decis.Rot.Rom.p.3.decis.50.n.3.in noviss.* An verò & quando minor adversus contumaciam suam restitutus in integrum impensas contumaciales solvere teneatur, *vide Tessaur.d. decis.9.per tot.* e) *d.l. 37.§.1.ubi vulgò Dd.arg.l.16.§.3.de pœn.c.1.de delict.puer.c.si.de sent.excomm.Fachin.1.controv.71.* qui rectè ait, nullum se argumentum videre, quo sententia stabiliri possit perpetua, per quam judices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam teneantur: etsi interdum id eis licere non dubitet, pro ratione circumstantiarum, & æquitatis inde resultantis: idq; argumento ll. modò citatarum. f) *Bal. & Salic.in l.4.C.de serv.fugit. Fachin.d.c.71. Diss.Panorm.in d.c.fin. Dec.in l.ferè 109.de R. I.Maran p.4.dist.1.n.85.Gomez.3. var.resol.1.n.63.vide per discursum Sfort.Odd.d.tract.p.2. q.79.art.9.Tessaur.decis.161.* g) *l.6. §.5. de confess. Ias. in l.error 7. C.de jur.& fact. ignor.n.5.Maur.d.tr.c.158.Alciat.reg.3.præsumt.21.n.2.Alex.vol.7.cons.8.nu.2.Myns.3.obs. 81.in fi.Rol. à Valle cons.51.n.38.addit.ad Matthesil.sing.58.n.5.Tessaur.d.decis.161.in fi.Diss. Bar.in d.l.37.hic.Bald.in l.un.col.13.c.de confess.Boër.decis.63.n.3.* quam sententiam acriter tuetur Gomez. *d.c.1.nu.66. adde Fr. Sarmient.3.select.interpr.13.Fachin.1.controv.72.* & eam tum puto veram, nisi metu vel errore facta fuerit confessio, & aliunde accedant præsumtiones urgentes.

XIII.

Nec conceditur ei restitutio, si venundari se patiatur *a*: contra patrem, patronum *b*, libertatem agat: major factus ratum habeat *c*: veniam ætatis impetret *d*: majorem se dicat *e*: ad quod tamen dolo adversarii inductus licet jurarit, magis est ut restituatur *f*: sicut & læsus enormiter in resignando beneficio Ecclesiastico, licet id alii collatum sit *g*.

a) *arg.l.21.de stat.hom.l.9.§.4.ubi Bart.Bal. & alii.Cujac.in l.3.§.6.hic.* quæ huic assertioni non obstat, sicut nec *l.2.de in int.rest.* b) *l.fin.ibi Bart. & Dd.C.qui & adv.quos, arg.l.11.ubi Cujac.de dol.Maur.c.224. Diss.aliqui per l.2.C.si adv.don.l.5.C.de dol.l.2.C.si adv.rem jud.* ad quas bene respondet Bart. *d.l.fin.* quòd loquantur pleræq; de restitutione quæ jure actionis expeditur: hanc verò quæ mero judicis officio fit, nunquam concedi contra patrem & ejus factum, *ut d.l.fi.* si patris factum non versetur, concedi, *ut l.2.C.si adv.rem jud.* c) *t.t. C.si maj.fact.rat.hab.l.3.§.1. ubi Cost. hic.Gomez.2.var.resol.14.n.11.* d) *t.t.C.de his qui ven.at.* Quid si pœniteat minorem hujus impetrationis, an restituetur minorennitati? Ita vult glos. *in l.1.C.d.t. Maur.c.126.Diss.Butr.ibid.* Sed ita glos. opinio procedet, ut in futurum ætatis venia ita restitutus non utatur: non autem ut contractus intermedio tempore celebrati rescindantur: ut malè sentit Cast. *in d.l.1.* e) *t.t.C.si min.maj.se dix.l.32.hic.adde Myns.4.obs.30.Geil.2.obs.65.n.1.* f) *Bart.Bald.Castr.& alii Dd.in d.l.3.C.d.t.& l.7.hic.Fr.de Cald.in l.3.hic, verb.læsis,n.7.& seqq.Azo in summ.d.t.Diss.Maur.c.170.n.2.* g) *latè Cov.1.res.5.Diss.gl.in c.ex parte, verb. quamvis min.ubi Abb.nu.14.& seqq.de rest. spol.Bald.Cost.in l.7.hic.Boër.decis.350.n.4.*

XIV.

Illud non refert, an contra interlocutoriam vel definitivam petatur restitutio *a*, etiam contra curatorem latam *b*, etiam contra unam sententiæ partem, in qua læsionem probarit *c*. Generatim verò, quoties contra sentẽtiam restitutio petitur, novo libello litisq; contestatione opus est *d*.

a) *arg.l.1.C.si adv.rem jud.Mynf.4.obs.21.* At cùm ordinarium appellationis beneficium adsit, cur ad extraordinarium confugitur? Quia hoc magis utile, & minus sumptuosum. *Maur.c.192.vide & gl.in l.fin.C.d.tit.* b) *d.l.fin.* cui non bene opponunt Dd. *l.4.C.in quib.caus.* c) modò in sententia res dividuæ contineantur, *l.29.§.1.l.47.§.fi.hic.Duar.ad t.C si adv.rem jud.* Quid si tempore latæ sententiæ major sit, qui minor judicium cœpit, an & adversus eam sententiam restituitur? Negat gl. *in l.1.C.d.t.Distingue ex l.3.§.1.& 2.hic.* aut res perfecta fuit ante legitimam ætatem, & inspecto initio datur restitutio: aut non perfecta, & inspecto fine non datur, *vide Cuj.ibid.* quæ olim fuit sententia Ang. *in d.l.1.Maur.c.196.vide & Duar.ad t.C.si adv.cred.* d) *Mynf.1.obs.49. Bart.in l.fin.ex quib.caus.maj. Dd.vulgò arg.l.1.C.si adv. rem jud.* parum aptè, ut ostendit Maur. *c.194.* Interim verum est aliâs plenè, aliâs summariè procedi: *vide th.4.lit. A.Dissen.à thesi Bart.teste Mynf.d.loc.*

XV.

Tandem diligenter judex advertet, an minor læsionem satis probet *a*, & quomodo illa contigerit *b*: neq; tamen ideò libellum ut ineptum rejiciet, in quo non allegarit minor inconsulta se facilitate læsum *c*: neque denegabit restitutionem, si aliud nihil quàm geminatum consensum adversa pars obtendat *d*.

a) *arg.l.11.§.3.l.24.§.1.hic,l.1.C.eod.H.Pist.1.q.38.* nisi ex ipso actu manifestè appareat læsio, *Mynf.4.obs.15.* Quid si adversarius contra probare velit, eum ex contractu, adversus quem restitui petit, locupletiorem factum, an audietur? Omninò, *arg.l.1.& 2.C.si adv.cred.* quæ l.1. sicut & rubrica de quocunq; creditore accipi debent. *Salic.ad d.l.1.n.3.vers.quæro, Pinel.ad l.2.C.de resc.vend p.3.c.1.n.31. Diss.Cyn.Bart.Bald. Alberi.Castr.Ang.& vulgò Dd.ibid.* Molyn. in hac re scripsit contraria, *aut ait Pinel.d.loc.n.34.adde Wes.par. C.d.tit. H.Pist.1.q.37.* b) *d.l.24 §.1.l.44.hic,l.minoribus,5.C.eod.* c) *Bald. Salic. Castr.in l.fin. hic. Felyn. ad c.fin.nu.2. de libell.oblat.Fr.de Cald.ad l.3.C.hic,verb.sua facilitate,n.1.Diss.Bart.in d.l.fin num.3.Dec.in l.nihil,116.§.1.de R.I.num.3.* d) per rationes adductas à Pinel. *d.loc.n.36.Diss.Dd.vulgò.*

XVI.

Quartò edicit Prætor *de capite minutis a*, data nimirum restitutione iis qui propter minimam capitis diminutionem *b* debitoris actiones suas amiserunt *c*: sed & in eorum gratiam qui capite minuti sunt ita producitur, ut emancipatis etiam restituatur actio, vel arrogatis qui in re castrensi contraxerint.

a) capitis autem minutio est status permutatio, *l.1.hic.* status est in libertate, civitate, familia: quorum unum quoties amittitur, caput minui dicitur, *l.ult.eod.* b) cum sc. familia tantùm mutatur: de qua capitis minutione *l.6.eod.* dicitur, quòd privata

privata tantùm hominis & familiæ jura adimat.(ita enim omninò legendum *in fi.d. l.6.*esse ipse contextus indicat,*vide Vult.1.Jurispr.9.*)Jura,inquam,nõ ea quæ in facto potius quàm in jure consistunt, *l.pen.hic. Hotom.3. obser.23.* sed an etiam tutelas adimit hæc capitis minutio? Non nisi eas quæ in jure alieno positis personis deferuntur,h.e.iis qui cùm agnati essent per adoptionem in alienam familiam, alienumq; jus pervenerunt,hæc, inquam, tutela, quæ vulgò legitima dicitur,capitis minutione perimitur, *l.7.hic.Vlp.in reg.tit.11.§.2.vers.sed & capitis.Inst.quibus mod.tut.fin.l.2.C. de legit.tut.l.5.§. ult. eod. pulchrè Hot.3.obs.9. Wes.num.3.hic. A. Aug.1.emend.2.Govean.2. var.lect.12.Diss.alii variè.Haloand.in d.l.7.princ.* legit addita negatione (non deferuntur.) Eman.Soar.*1.obs.36.* expungit illa verba (exceptis his) atq; ita sensum *l.6.* prorsus contrarium affingit: rectè reprehensus eo nomine à Cujac. *9.obser.17.*ipse etiam Cujac.*in not.ad frag.Vlp.tit.11.& 12.*textum *d.l.6.* emendat,quasi errore ex notis creato legendum sit: quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur. Illud certum est *in d.l.6 pr.vers.ex novis:*illa verba(& tutelæ)a Triboniano propter jus novum Anastasii & Justiniani esse addita,*Hotom.d.c.9.* b) ut actiones pristinas juris subtilitate extinctas recuperent,ejusq; bona,qui capite ita minutus est,perinde teneantur, ac si capitis minutio non intervenisset, *l.2.§.1.& 4.l.7.§.pen.& fin.hic.Wes. par.ibid.n.7.* c) *l.7.8.& 9.hic.* Porrò emancipationis veteris solennia,*de quibus l.3.in fin. hic.* sublata hodie esse diximus *disput.2.supr. in fin.adde Brisson.1.select.antiqu.11.* An verò ideò,quia sublata sunt ea solennia, emancipatio hodie capite non minuet? Non minuere placet vulgò Dd. quos sequitur Wesenb. *hic,n.6.in fi.* adeoq; hujus edicti hodie usus penè nullus fuerit. Sed contrarium videtur esse verius: vide remissivè infra *par.2.disput.17.th.3.lit.A. adde Mar.Salomon. in l.Gallus,§.quod si n.pos. de lib. & post.*

XVII.

Quintò edicit Prætor, *ex quibus causis majores in integr.restit.* si scilicet propter absentiam *a* damnum incurrãt *b*, quo casu remoto per judicium rescindens præscriptionis obstaculo *c* actionem utilem & rescissoriam *d* læsi recipiunt,quam perpetuò ipsis competere verius est *e*.

a) eo tempore quo Reipub.operam dant,vel adverso casu laborant,*l.1.4.30. §.fin.ex quib.caus.maj. Dd.in §.rursus.Instit.de act.Alc.& Gœdd.ad l.199.de V.S.Cuj.7.obs.34.* Quin & absentia violenta huc pertinet, puta si quis in vinculis detineatur: & paupertatis impedimentum, in iis scilicet, quæ sumtus requirunt, *l.9.hic.l.2.C.eod. ibiq; Sich.nu.1.l.8.§.8.in fin.mand.Sfort.Odd.tr.hic,q.11.art.9.n.44.Maur.tr.eod.c.361.Benincas.tr.de privil.paupert.q.4.n.18.*Aliud in relegato dicemus,cui adversus damnum, quod relegatione durante passus est,restitutio non datur,cùm procuratorem relinquere potuerit,*l.20.de minor.l.26.§.1.l.40.§ fin.hic,vide Odd.d.tr.art.3.nu.7.Ant.de Canar.p.2.de excus.n.8 Pac.3.antin.q.11.* An ex solo capite ignorantiæ hæc restitutio detur, puta si ille contra quem præscriptum est, dicat se ignorasse, quòd res sua præscriberetur? videamus. Negantium opinio verior est, & in suis ditionibus disertè probata ab Elect.August. *p.2.const.9.ibiq; Dan. Moller.* ubi vide rationes, & quæ attigi suprà *thes.3.lit.B.confer l.1.de usucap.l.un.C.de usucap.transfor.l.fin.C.de long.temp.præscript.Cravett.tract.de antiq.temp.par.4.§.materia.num.71.Pinel.in authen.nisi.C.de bon.mat.nu.58.& seqq.Fr.Sarmient.2.select.interp.10.Wes.hic,num.10.Fachin.1.controv.69.& notata inf.p.1.disp.17.th.9.lit.B.& p.2.disp.22.th.ult.lit. A.in fin.Dissent.Geil.2.obs.19.nu.*

19. & obs. 48. nu. 13. Zas. in § rursus, Inst. de act. n. 29 Vasq. 2. ill. controv. 75. Afflict. decis. 37. & decis. 319. Tiraq. tr de retr. lignag. §. 35. gl. 4. n. 35. & seqq. Schrad. tr. feud. p. 5. c. 4. nu. 22. & p. 8. c. 7. n. 47. vide & Boër. decis. 89. n. 2. 3. Covar. in c possessor, p. 3. §. 3. de R. I. in 6. b) si scilicet res ipsorum usucapiantur, vel actiones competentes amittantur: nam beneficio hujus restitutionis usucapio temporisq; præscriptio rescinditur, & omnia in pristinum statum reducuntur, *l. 4. l. 26. §. fin. ibiq; Cujac. hic. Dd. in d. § rursus, Inst. de act. Maur. d. tract. hic, c. 329.* An ob instrumenta ignorata, noviter autem reperta, contra rem judicatam major restituetur? ita puto, *vide infra p. 2. disp. 23. th. 5. lit. D.* c) quod *ex l. fin. C. de temp. restit. in integr.* intra quadriennium continuum datur, *Wesenb. hic. n. 8. Duar. in d. l. fin. Donell post Dd. in d. §. rursus, vide Oldend. class. 6. act. 9. Diss. Cujac. 18. obser. 26. & 29.* qui putat intra annum utilem ipsam rescissoriam actionem esse de jure proponendam, sed tamen lite contestata perpetuari. d) *l. 20. hic, l. ult. C. eod. l. 18. C. de postul. reversl. l. 24. C. de R. V.* quæ non eadem est cum Publiciana, de qua infrà *disp. 15. Donell. ad d. §. rursus, n. 8. Diss. pleriq; per l. 35. de obl. & act.* e) *Don. in d. §. rursus. Diss. vulgò Dd. in d. §.*

XVIII.

Ultimò edicit Prætor *de alienatione mutandi judicii causa facta*: quæ restitutionis species majores sublevat, si quis re vel possessione dolo malo alienata *a* molestum adversarium pro se subjecerit *b*. Et rectè interpretantur, judicii futuri: nam præsens alienatione non mutatur *c*.

a) *Cuj. par. hic, l. 1. 2. 3. eod.* quod in vindicationibus semper verum est, in condictionibus tum demum, si nomen atq; inde jus obligationis cessum fuerit, *confer l. 24. §. ult. comm. div. l. 1. C. de novat. l. 4 §. 1. l. ult. hic, l. un. C. eod. Cujac. 10. obser. 3. vide etiam eund. 8. obs. 31. Vital. 1. var. lect. 17. Olden class. 1 act. 11.* b) nam etsi perinde teneatur dolosus ille alienator (quia dolus pro possessione est) si tamen nolit actor hac via experiri, ex hoc edicto restitutus tantum consequetur, quantum ejus interest alium adversarium non habuisse, *d. l. 24. § ult. com. divid.* Quin & si agat, in quem ille rem transtulerit, repelletur exceptione ex hoc edicto *d. l. ult. hic. Cujac. par. eod.* c) *l. 8 §. 1. hic. Cujac. d. loc.* nam quando res facta est litigiosa, alienatio nullius momenti est, saltem ope exceptionis, cùm lite pendente nihil novari oporteat, *l. 2. l. ult. C. de litig. tot. tit. ext. ne lite pend.*

DISPUTATIO XII.

De Judiciis.

Respondente Georgio Corswanto Gryphiswaldensi Pomerano.

THESIS I.

Judicium nobis *a* est legitima rei controversæ inter litigantes apud judicem disceptatio *b*, quod à sua forma dividi potest in ordinarium & extraordinarium, ut in illo solennis procedendi modus attendatur, in hoc non item *c*: à fine dividitur in civile & criminale: in illo agitur ad commodum privatum principaliter: in hoc ad pœnam corporalem vel pecuniariam fisco applicandam *d*.

a) Schard.

a) Schard. *in Lexico suo, verb. judicium*, quindecim hujus vocabuli signific. cita enarrat. *Duaren. in princ. h. tit.* Hunc autem titulum esse generalem asserimus cum Donell. & Alciat. *ad rubr. si cert. pet. n. 5. Robert. 2. animadv. 6. & 2. notar. ad notat. Merc. 6. per l. 2. §. secundus autem, C. de vet. jur. enucl. Vigl. pr. Inst. de test. ord. Cujac. ad Novell. 112. Cont. 1. disp. 4. Diff. Cujac. 7. obs. 32. & 2. notat. Merc. 6.* ubi tamen rectè reprehendit eos, qui opinantur fuisse olim inscriptum hunc titulum: De vindiciis. *adde eund. Cujac. tr. ad African. ad l. 23. de reb. cred. Ant. August. 3. emend. c. fin.* b) *Duar. d. loc. Wes. par. hic, num. 5. & par. C. eod. nu. 2. Cujac. ibid. Vult. 2. jurisp. 1. Diff. variè Dd.* alii judicium definiunt judicis officium, *ut Host. in summ. hoc tit. Jo. Andr. in add. ad Spec. tit. de actore:* alii actum legitimum trium personarum in judicio contendentium, &c. quos refert & refellit Mar. *p. 2. in pr. num* 3. sequitur tamen Sich. *ad rubr. C. hic*, aliter Vacun. *1. declar. 9. num.* 4. aliter Rayn. Corf. *3. indag. 1. tu confer c. forus* 10. *de V. S. l. 25. C. de Episc. & cler. l. 14. C. hic.* c) aliter jure veteri, respectu nempe formularum, quo sensu hodie omnia judicia extraordinaria, §. *fin. Inst. de interd.* aliter jure novo, quod nostri vocant de plano procedere. De veteri ratione vide *P. Fab. ad l. 1 de R. I. A. Fab. 4. conject. 7. Vult. 1. discept. 1. & 2. & Gœdd. ad l. 34 de V. S. num. 12. & seq. adde suprà disp. 10. th. 6. lit. A. §. 1. Inst. de success. subl. l. pen. C. de interd. ubi Donell. num. 15. tot. tit. C. de form. & impetr. Ravard. ad ll. XII. tab. c. 7. Rosin. 8. antiq. 4. Cujac. 5 observ.* 17. De hodierna acceptione vide *Marant. p. 4 distinct. 9. num. 1. confer l. 4. C. de sent. auth offeratur, C. de lit. contest. Cl 2. de V. S. c quoniam. 11. de probat. Gœdd. ad d. l. 34. num.* 13. Extraordinariè procedere hodie dicitur de plano procedere, quando præter citationem, necessariasque probationes reliqua juris solennia quiescunt, *d. Clem. 2. Bart. in extrav. ad reprimendum, verb. summariè. Cather. decis. Pedem. 1. Jos. Lud. decis. Perus. 17. num. 20. 21. Coler. p. 3. de process. exec. c. 7. num. 2. ibiq; alleg. & Zang. tr. de exc. c. 2. per tot.* Ex tali tamen judicio sententiam definitivam surgere nihilominus rectè asseritur, *Dd. vulgò in l. 3. de jurisd.* & regulariter causam esse ordinariam, quæ plenam cognitionem requirat, *Zang. tract. de exc. c. 1. num* 17. ubi etiam vide exempla causarum extraordinariarum. *adde* Cammergerichts Ordnung / *p. 3. c. 2.* d) juxta magis communem opinionem Dd. *ad §. in summa, Instit. de injur. ubi Mynf. num. 2. & 3. Jas. ad rubr. hic, col. 2. num. 2. & 3. Wes. par. C. num. 5. Mar. d. p. 4. dist. 1. Duaren. 1. disp. 35. Vult. 2. jurisp. 1. num. 13. Delrio ad l. transigere, C. de transact. num. 8. & seqq. Diff. multipliciter Dd. relati ibid.* adeò, ut Salic. dicat, nihil certi posse statui. tu pro communi sententia, quæ verissima est, *confer l. 9. §. 5. de vectig. §. 10. Instit. de injur. l. 3. de sep. viol. ubi Accurs. Lud. Charond 3. verisim. 18. Robert. 4. sent. 9. Jo. Bapt. Asin. in prax. jud. c. 5. num. 14. Clar. §. fin. q. 1. Jas. ad rubr. hic, num. 2. Sich. C. eod. 11. nec obstat l. 22. ad Syllan.* unde rectè colligitur, posse etiam pœnam pecuniariam fisco applicari, nec minus esse criminalem, *arg. l. 1. §. fin. ad l. Jul. de amb. l. 3. princ. de term. mot. d. l. 3. de sep. viol. l. fin. C. de mod. mul.* non etiam obstat *l. 3. C si pend. app.* unde non sequitur desinere esse caussam criminalem, quia pœna corporalis cessat ob mortem defuncti: sed nihilominus in quæstione bonorum etiam manere judicium criminale, si scilicet vindicta publica spectetur. *adde Concennat. 1. q. 7. Menoch. 2. arb. jud. q. 25. Zang. tract. de exc. c. 1. nu. 8. & seqq. usq; ad num. 16.* Jure Saxon. cessat hæc altercatio, ubi tantùm illa actio criminalis est, ex qua ad pœnam corporis afflictivam agitur, wenn die Klage an Haut unnd Haar gehet / Landrecht *lib. 1. artic. 53. ibi:* unnd umb alle Schuld. & *lib. 1. art. 68. & lib. 3. art. 32 glos.* Weichbild / *art. 17. post princip. Fachs. diff. 13. Reinh. p. 4. diff.* 24. utilitatem hujus indagationis vide apud Beust. *de jurejur. num. 97.* Mynf. *4. obs. 41. & seq.*

II.

Judicii initium litis est contestatio *a*, qua omissa processus ipso jure annullatur *b*. Ea est rei controversæ apud judicem ex utraq; parte testatò facta narratio *c*. Effectus ejus multiplex, inprimis ut litem perpetuet: unde actiones personales *d* per eam in annos 40. extenduntur: quod & de realibus & temporalibus tentari potest *e*.

a) *l.un.C.de lit.contest.ubi Cujac.par.Wes.ibid.num.1.l.25.hic,l.31 pr.ibiq; Ias.si cert.pet.c.super quæstione, ibiq; gloss.verb exordium litis. de offic.deleg. Geil.1.obs.74. Mynss. 3 obs.74. Ronchegall ad rubr.de duob.reis,n 7. & seq.Diss.Vigel.in lib. sing.de lit.contest.* cui litis contestatio est constitutio status causæ, *aliter Myns. ad §.omnium, Instit. de pœn. tem.litig. num.2.* ubi initium judicii dicit esse citationem. Id tamen ratione effectus cum superiori assertione conciliari potest, cùm tralatitium sit apud Dd. in realibus rem fieri litigiosam per citationem, in personalibus per litis contestationem, *vide Fab.de Mont.tr.de emt.quæst.p.4.nu 34.& seq.Covar.pract.quæst.15.nu.6.Hart.Pist.1.q.40. vide tamen plenè Petr.Frider.Mindan.lib.3.de process.extrab.c.5.num.4.* qui plenius effectus hujus rei distinguit. De jure Saxon. clamor judiciarius in criminalibus est judicii initium, Landrech: *lib.1 art.62.* das geruffte oder Zettergeschrey ist der Klage anfang / vnnd wer das geruffte schreyet / hoc est, qui crimen flagrans esse dicit, & cum illo clamore solenni judicium incipit, der muß es verführen mit Recht. Jure veteri, quando propriè censeretur fieri litis contestatio, video non absq; causa controverti. Verissima est Festi sententia, cùm ordinato judicio utraq; pars dicebat adstantibus, testes estote; tum litem fuisse hac formula contestatam, atque dehinc utrumque litigatorem sibi denunciasse in perendinum diem. *Io. Ros.num.9.antiq.Roman.15. Diss.Curt.Brugens.1.conject ur.30.*

b) *l.prolatam,ubi Bart.C.de sent. & interloc.omn.jud.cap un de lit.contest.ubi gloss.Geil.1.obs.75. n.1.* ubi tamen vide quomodo id limitet *nu.5.adde Ord.Cam. p.3.tit.32.§.*vnd sollen/ *& t.34.de causis summariis,adde Zang. d.tr.c.2.nu.8.*

c) *d.l. un.Cujac.9.obs.21.Maran.p 6.tit.de lit.contest.num.3.& seqq.Gœdd.ad l.36.de V.S. nu.9.& seqq.* ubi eleganter docet differentiam inter morem hodiernum & antiquum. Et sanè de more veteri, quo à tribunali dato judice decedentes litigatores utrinque sibi invicem denunciabant, dicentes ad eos qui tribunali adsistebant: testes estote: atque inde in judicio versari incipiebant, *confer l. 31. de reb. cred. l.15. rem rat.hab. Rav.ad ll XII.tabb.c.7.Pollet.3.hist for.Roman.15.& 4.c.8.Cujac.9.obs.21. Duaren. in l.7. §.1.de pact.Dissen.omninò Vigel.in d libell.& alibi sæpè:* cujus sententiam refellit Gœdd. *ad d.l.36.num.13.& seqq.* Illud etiam ex superioribus rectè elicitur, quòd ambæ partes in litis contestatione debeant esse præsentes, *Schenck.in progymnas.for.c.7. Mar.d. dist.10 num.4.Myns.1.observ.38 in princ.Dissent.Sich.d.rubr.num.4.* De jure Saxonum hoc loco vide König.*in process.p.2.c.60.* & quòd hodie in terris Electoris Saxoniæ non sufficit generalis illa formula litem contestandi, sed requiritur specifica assertio, quam partem libelli affirmet vel neget: *Novell. Elect.Aug.p.1.c.10.* In effectu tamen hoc cum processu Cameræ Imperialis & aliorum etiam judiciorum provincialium convenit: in quibus quia libelli offeruntur articulati, ideò statim cum generali formula litis contestandæ offerendæ sunt responsiones, *Clem. sæpè, §.& quia positiones, de V.S.Spec.in tit.de positionibus,§.superest.5.num.11.& seqq. Bart. in l.ubicunq;, nu.12. de interrog. act. Marant. de ord.judic.sub tit.de posit. Zobel. 1 diff.18. Fachs.diff.48.& seqq. Reinh p.4.diff.43.*

d) quæ olim erant perpetuæ, *l.3.C.de præscr.30.annor.*hodie

trigin-

triginta annis circumscribuntur, *l.fin.C.d.tit.l.1.§.1. in fin. C. de annal.except.* c) de realibus, *d.l.fin.d.l.1.§.1.Petr.Fab.ad l.non solet.86.de R.I.* de temporalibus, *l.24.de lib.caus.l.omnes.139.ubi P.Fab.de R.I.Hot.4.obs.5.Diss.Cujac.18.obs.29.* Qui de lite non contestanda protestatur, si libello postea respondeat simpliciter, an eo ipso videbitur litem contestatus? Affirmat Geil.1.*obs.75.n.6.* Negat Myns.3.*obs.74.n.6.post Mar.p.6.dist.10.in fin.Sich.ad l.un.C.de lit.contest.nu.6.* quæ sententia vera est tum, si in ipso responsionis actu facta sit protestatio: si enim antecesserit, per responsionem ex intervallo secutam videbitur ab ea protestatione recessum esse, *Cyn. Salic. & alii ad d.l.un.Geil.d.n.6.verb.postea.*

III.

Principales *a* personæ in judicio sunt judex, actor, & reus. Judex vel ordinarius, qui jure magistratus secundùm modum jurisdictionis suæ judicat *b*: vel extraordinarius, qui voluntate hominis: ejusq; personæ vel publicæ, vel privatæ. Publicæ, ut à magistratu delegatus *c*, qui proprii nihil habet *d*, ideoq; subdelegare regulariter nequit *e*.

a) nam aliæ sunt accessoriæ, ut advocati, procuratores, *de quibus suprà disp.8.& 9.* b) *Vult.d.lib.2.c.1.Marant.p.4.dist.9.nu.1.arg.l.12.§.1.hic,l.5.l seq. de jurisd.Vacun.6.declar.84 nu.2.* Tales sunt Imperator, Reges, Electores, Duces, Comites, &c. Tales hodie esse assessores Cameræ indubitatè affirmant Geil. 1.*obser.33.n.1.& obs.41.num.5.Bender.tract.de revis.concl.1.nu.35.* revisores tamen, qui vocantur, tales esse non putem, Cammergerichts Ordnung *p.3.tit.53.§.1.& §.* Darauff sollen. Olim magistratus ipsos non nisi extra ordinem judicasse verius est: ut Romæ Prætores cum suis centumviris, *confer l.76. de leg.2. Cic.de Orat.Quintil.4.Instit.1.& 12.c.5.Ravar.lib.sing pro trib.c.20.Cujac.10.obser.20.& 9.obs.23.in fin.Pollet.3.hist.for.Roman.13.24.Rosin.9.antiqu.1.Sigon.1.de antiqu.jur civ. Rom.20. & 1.de judic. & seqq.* imò nec potuisse judicare ordinariè puto cum Duar.1.*disp.53.Vaud.1.quæst.10.Cujac.d.observ.23.* (*Dissent. Vult.1.discept.1.*) multò minus solitos fuisse hoc facere, ut malè scribit Robert.4 *sent.23.* sed in factam à partibus sponsionem recuperatores consensu litigantium dabant, eosque certo judicum albo adscriptos ad privatas controversias dirimendas Prætores selegerant, *l.47.hic,l.23.de appell.vide Agell.14.noct.Attic.2. Cic pro Cluent. Pollet.d.lib.3.c.2.& 15.Rosin.d.lib.9.antiq.c.13.vide etiam Coras.3.misc.18.num.6. Hotom. in §.sic itaq.Inst.de act.* c) *l.16.de jurisd.l.3.de offic.ejus, repete sup.disput.3.thes.7.& 2.* secundùm quas hæc intelligenda sunt. d) *l.1.d.t.l.5. C.hic, Vacun. 6.declar.84.n.1.* e) *l.5.de jurisd.ubi Costal.l.fin.de off.ejus,Geil.1.obs.97.d.l.5.C.hic,ubi Jason & Gothofr.* Secus in delegato Principis: vel quia is major quolibet ordinario in causa sibi commissa, *Geil.d.obs.97.nu.9.* vel quia olim habuit assessores instar magistratus, *Cujac.12.obs.1.in fin.* Unde rectè probat delegatum Principis exequi posse suam sententiam, post Bart.*in l.15.de re jud.Costal in l.45.§.1.hic.Diss.Rom.ad l.4.de jurisd.Duar ad d.l.15.vide plenè Felyn.in c.significasti,de off.deleg.Alex.in l.1.de off.ejus, adde sup.d.disp.3.th.2.lit.C.*

IV.

Privatæ: vel ut *recepti arbitri a*: quorum alius in specie arbiter compromissarius *b*, in cujus sententiam sub pœnæ stipulatione partes cõpromittunt *c*, unde ab ea appellare regulariter non licet *d*, & hęc arbitraria ad instar

ſtar judiciorum redacta ſunt *e*: alius eſt arbitrator ſive compoſitor amicabilis *f*, qui juris ſolennibus non obſervatis pronunciat *g*, & à cujus arbitramento reductio datur intra tricennium *h*.

a) arbitrium à judicio differt, quòd hoc eſt pecuniæ certæ, illud incertæ: in judicio tota lis obtinetur aut amittitur: in arbitrio neque nihil, neque tantum quantum poſtulavimus conſequimur, *l.1.l.52.§.5.hic.Cic.pro Roſc.Com.item pro Quint. & 3. Offic.Senec.3.de benef.7. Pollet.d.lib.3.c.12. Sigon.2.de antiq. jur.civ.Rom.*18. (*Diſſent. Charond.3.veriſimil.*4.) Arbitrium igitur eſt opinatio & judicium boni viri: arbiter judex, cui ut viro bono à litigantibus res definienda committitur, *l.13. §.pen. d.l.32. §.15.hic,l.76.pro ſoc.l.pen.de judic.Ang.& Donell.ad §.omnium,Inſt.de act.nu.4.Vult.2.juriſpr.1.* b) *l.2.§.4.C.de jur.cal.* c) *l.11.de arb.Novell.82.c.11.*imò interdum & ſimplici ſtipulatione, *ut in l.27. §.fin. eod.* An & nudo pacto? Ita tradunt Dd. *per l.5.C.eod.*ubi Bart.docet, quando ex ſententia arbitri oriatur actio. Imò & juramento jure canonum, *c.2.& 9. ubi Panorm.eod.* d) *Geil.1.obſ.150.nu.8.l.1.ubi latè Dd.C.eod.l.27.§.2.ubi Gothofr.eod. Diſſ.Bart.ad l.9. qui ſatiſd.cog.*cujus ſententiam communiter reprobari ait Mar.*p.2.diſt.ult.259.& Schard.in addit. ad Bart.d.loc.* Regulariter dico, hoc eſt, niſi ſordes aut manifeſta turpitudo appareat, vel partes aliter conſenſerint: illo caſu doli exceptio, hoc provocatio conceditur, *l.9.§.3.l.21.§.7. l.32.§.14.eod. Mynſ.4.obſ.68.Geil.1.obſ.1.n.49.& obſ.33.nu.18.& obſ.141.nu.4.& d.obſ.150. nu.* 8. *& ſeqq.* Quid ſi pœna compromiſſo adjecta non ſit? Ne quidem hoc caſu appellationem concesſerim, *arg.l.1.C.hic,l.nemo,de legat.1.ubi Ripa nu.91. Alc.n.41.Mynſ. 4.obſ.68. Diſſ.Bart.in d.l.1.n.3.& in d.l.nemo,n.14.vide Geil.1.obſ.150.nu.12. Vaud.* 1.*q.* 14. Quod ſi plures fuerint arbitri, & diverſas ſententias dixerint? ſententiæ ſtandum, in quam major pars conſenſerit, modò in unam ſummam conſenſerint, *l.* 27. §. 3. *hic,c.1 eod.in 6.Covar.1.var.reſol.2.nu.6. vide etiam Fort.Garz.tr.de ult.fin.jur.nu.163.& ſeq. Alc.9 parerg.14.Molin.ad conſuet.Pariſ.tit.1.gloſ.3.§.33.n.13.* e) *l.1.ubi gloſ. & Dd.l.32. §.9. in fin. eod.l.14. §.1.C.hic.* ideò in iis conſueto juris ordine proceditur, & triennio, ut in aliis cauſis, inſtantia perit. *Bald.in l.14.eod.Salic.in l.1.C.eod.Mynſ.3 obſ.* 44. licet id in Camera non obſervetur, *idem 2.obſ.48. Geil.1.obſ.141.nu.7.* f) & ita duæ tantùm ſunt ſpecies arbitrorum: nullus propriè eſt juris arbiter. *Weſ.par.C. eod.n.6.Diſſ.Marant p.4.diſt.14 Schneid.ad §.omnium, Inſt.de act.* g) *auth.ſi verò,C.de jud.l.76 ubi Bart.& Dd.pro ſoc.de V.O.Weſen.d.num.6. vide ſup. diſp.4.th.5 lit.A.* h) *pulchrè Geil.d.obſ.150.n.2.ubi vide.Diſſ.Spec.tit.de arb.§.ſequitur,n.24.verſ.ſed intra.Panorm.& alii relati à Geil.ibid.*

V.

Pro reductione verò judex, qui remoto compromiſſo eſt ordinarius, adiri debet *a*: qui ſi confirmet vel infirmet laudum arbitratoris, adhuc ab eo appellari poſſe videtur verius *b*.

a) *Bart.in d.l.76.pro ſoc.Covar.2.reſol.11.nu.19. Mynſ.2.obſer.61.Geil.1.obſer.61. idem 1.obſer.149.num.2.Diſſ.Rom.conſ.265.Afflict.deciſ.51.* b) in hac quæſtione propter difficultatem multi ſubſiſtunt, *ut Ang.in l.1.de legat.2.Lanfr.tr.de arbitr.q.22.* Nos ſequimur ſententiam Bald.*in l.un.n.7.C.ne lic.in una ead.Boër.deciſ.284.nu.6.Covarr.d.c.12.Geil.d.obſer.149. in fin.ubi & Molyn.pro ea citat. Diſſ.Bart.in d.l.1.de legat.2.in fin.Panor.in c.quintavallis,de jurejur.* & multi alii relati à Covar. & Geil. *dd. locis.* Illud certum

certum est, quòd nō nisi de eo in quod & quatenus compromissum est arbiter stat, ideoq; multam dicere nequit, etsi contumaciam litigatoris punire possit. *d.l.32.§.15. l.39.ibiq; Costal.hic.l.2.§.fin.de jud.l.131.§ fin.de V. S.ibiq; Gœdd. nu.6. Dd. in l.3. de jurisd. Alc.n.154.Curt.jun.n.199.Bologn. n.82. Cujac.11.obs.9.* Ex sententia verò arbitri tam actio datur quàm exceptio: eam tamen non ipse, sed judex rei conventi exequetur, *l.4.l.pen.C.hic.Oldend.tr.de except.c.40.Geil.1.obs.1.n.50.& 51.Garz.d.tr.n.145. & seq. Dd. in l.15.de re jud.faciunt ea quæ dixi suprà disp.3 th.3.*

VI.

Compromittere possunt omnes *a* qui non impediuntur *b* in quoscunq; *c* non prohibitos arbitrari *d*. (In prohibitis est minor 20.annis *e*, & judex ordinarius *f*) super controversia civili *g*.

a) etiam prælati, *Alex. cons.32. vol.2.* etiam Judæi & pagani. *Blanc.tr. de arb. q.3.n.48.* etiam vasalli, citra tamen præjudicium domini. *Schenck.ad c. 1. de l. Corrad. n.2.& 3.Curt.p.4.n.98.* ubi communem dicit. *Diff.Clar.§.feudum,q.39.* dicens contrariam magis communem. *Rosen.in synops.feud. c.9. n.22.* ubi vide allegatos pro utraq; parte. b) ut servi, *l.32.§.18.* impuberes, *l.27.§.5.* mulieres, in causa aliena, *d.l. 32.§.2.* furiosi, *l.47.§.1.l.40.eod.* c) etiam filiosfam. *l.5.* & quidem in re patris, *l.6.eod.Cujac.tract.3.ad Afr. Duaren.1.disp.51.* etiam in dignitate constitutos, *l.3.in fin.* etiam infames, *l.7.* d) quales enumerantur *l.9.§.1.& 2.eod.l.fin.C.eod.c.4.eod. & 16.q.1.per tot.& l.8 C.de jud.* e) *l.41.hic,c.41.ubi gl.& A.Butr.de off.deleg. Diff. gl.& Dd.ad l.5.7.vers.sed etsi,de re jud.aliter Duar.ad hunc tit.Wes.par.C.eod.n.8.* qui putant minorem etiam posse esse arbitrum compromissarium, si partes eum elegerint. *arg.l.4.de tut. & curat.dat.* Quòd arbitrator esse possit hodie non est dubium. *auth.si verò.C.de jud.* f) *d.l 9.§.2.ubi gl.& Bart.hic.Spec.§.potest, de arb.* Pleriq; tamē huic juri derogatum putant vel consuetudine, vel jure Canonum, *c. cum tempore, c.ex parte, ubi Canon.eod. vide plenè Blanc. quæst. 2. per tot.* g) *l.32.§.6. eod. l.7.C.de Episc.aud.* non criminali, nisi agatur civiliter, *glos. in d. l. 32.* non super rebus meri vel mixti imperii, *l.fin. C.ubi & apud quem test. Maur. c.38. Blanc. quæst. 4.* deniq; non super iis de quibus transigi nequit. Bart. *in l.3. de tut. & cur.dat.* nec super re judicata, nisi ei expressè renuncietur, *c.exposita,de arb.* unde in dubio sub compromisso non intelligentur comprehensa ea, quæ jam ante finem judiciali cognitione acceperunt, *Surd.decis.Mant.185.per tot.*

VII.

Judicem verò dant magistratus, quibus id lege, cōnstitutione, SCto, aut more majorum conceditur *a*. Dari possunt quicunq; non prohibentur *b*: inter dari prohibitos quidem non habemus cœcum *c*, sed tamen habemus imperitum juris *d*, item 18.annis minorem *e*: non etiam filium in re patris privata *f*.

a) *l.12.§.1.hic.N.Bellon.3.supput c.3.Vacun.6.declar.84.num.5.* Hic observandum, quòd hodie in terris Imperii certus modus eligendi & habendi judices primę instantię descriptus est, ad cognoscendum de litibus motis inter Electores, Duces, & Principes: vel si hi convenire velint Prælatos, Comites, Barones aut Nobiles immediatè Imperio subjectos: aut vicissim hi vel civitates, cives, rustici convenire velint Electores, Duces vel Principes: denique si ipsi Prælati, Comites, Barones,

R Nobiles,

Nobiles, vel Civitates Imperiales se mutuò conveniant: qua de re vide *Cammergerichts Ordnung/ p.1.c.2.3.4.& 5.* atq; hi modi sunt constituendi judicii, qui passim deß Heiligen Römischen Reichs außträge nominantur. Quæ tamen constitutiones, utpote generales, non porriguntur ad feuda, nec ad personas aut causas, quæ peculiari aliquo privilegio gaudent, die jre sonderliche gewillkührte Rechtliche außträge gegen einander haben. *Ord. Cam. d.c.2. in pr. & d.lib.2.c.6.§.* doch einem jeden. *Schrad.tr.feud p.10.sect.5.num.46.& seqq.* De controversiis autem motis ratione Ducatuum, Principatuum & Comitatuum, die von dem H. Römischen Reich ohne mittel (ut rectè interpretatur Schrad. *d.p.10.sect.5.n.39.*) zu Lehen gehen/ solus Imperator vel Rex Romanorum cognoscit, *Ord.Cam. d.p.2. tit.7. vide Geil.1.obs.29.Schrad.d.p.10.c.2.n.66. & c.3. n.175.* De controversiis Imperatori ipsi motis ex Aur.Bulla Caroli IV. *sub rubr.* vom Rechten deß Pfaltzgraffen/ Elector Palatinus cognoscere debet: quod in feudalibus non admittit Schrad. *d p.10.sect.5.num.40.& multis seqq.* Id verò quod de privilegio primæ instantiæ vigore ordinationis, vermög der außträge/ diximus, locum nō habet, si ordinationi reus non satisfecerit: vel etiam si bannitus sit, tum enim statim & in prima instantia apud judicem ordinarium, vel in Camera potest conveniri. *Geil.1.obs.1.n.35.& seq. Myns.cent.1.obs.90.& 91.* b) est enim judicandi potestas in genere permissorum, *arg. d.l.12. §.ult.* An etiam gravi crimine notati? Nego, *arg.l.2.de Senat.l.1.ad leg. Iul.de vi priv.l.12.§.2.hic, ubi Ant. Diss. Cost.ad d.l.12.* allegans pro se Innoc.& Panor. quod fortè de delegato Principis accipiendum est, ut contra infamem ex certa scientia à Principe datum ne quidem excipi possit, *arg.l.57.de re jud.vide Geil. 2.obs 1.nu 9.* c) *l.6.hic.Duar.1.disp.27. vide sup.disp.8.th.2.lit.B.* d) *l.14.verb.legum observatione, C.de jud. Nov.82.* ubi Cuj. distinguit inter magistratum, quem satis est habere assessores peritos, & inter judicem datum. Sed si anteriora tempora consideremus, adhibenda etiam est distinctio Hot. *ill.q.28.* quam confirmat *l.2.quod quisq. jur.& d. Nov. 82. in pr. vide plex à Vult.1.disc.8.adde Coras.5.misc.18.Rob.3.sent.3. Diss.vulgò Dd.in l.17. C.hic.* e) *l. 57.de re jud.l.12.§.2.verb.impubes,hic,ubi gl.notab.l.pen.C.qui at.vel profess.Cujac.17.obs. 30.Diss.Goth.in d.l.12.& d.l.pen.* f) *l.6.de arb.l.13.§.fin.ad Treb.l.18. de manum. vind. l.77.hic.* cui non obstat *l.10. de jurisd.* si distinguas inter judicare & jus dicere, causas publicas & privatas, cum Duar. *1.disp.51.Cost.in d.l.10.Diss.Cujac. tract.3.ad Afr. Pac.3. antin.31.* qui distinguunt inter (debet) & (potest) quorum sententia etsi valde est divinatoria, videtur juvari *ex d.l.6.* unde apparet fuisse hac de re diversas veterum opiniones. Aliter à communi recedit Abb. *in c. cum contigat. de for.comp.* quem sequitur Vacca *in d.l.77.* Alius etiam adhuc est Coras. *4.mis.9.* Illud dubium non est, judicem de omnibus intra jurisdictionem suam judicare potuisse & olim, & hodie posse: *vide sup.d.disp.3.th.8.* An olim de libertate dari judex potuerit, intricatè disputatur. Existimo defendi posse, quòd Prætores usq; ad Constantini, Præsides usq; ad Diocletiani tempora recuperatores etiam de libertate dederint, *l. 7.§.fin. de lib. caus.l.2.C.de pedan.jud.l.1.C.de off.Praet.confer l.1.C.de ord.cogn.l.5. C. ubi caus.stat.confer Sueton.in vita Vespas.c.3.Rav.4.var.20.Gov.1.lect.33.Hot.6.obs.6.*

VIII.

Quando igitur judex datur, qui prohibitus invenitur, opponenda est inhabilitatis exceptio *a*. Sed quando communi opinione probabili reputatur, qui veritate inspecta est inhabilis, puta servus, utilitatis causa placuit coram tali judice acta valere *b*.

a) de-

de qua, & an valeant acta, si ea non opponatur, *vide Imol. & Panorm. in c. suscitatis, de rescript.* b) *l.2. C. de sent. & interloc. Bart. ad l. fi. C. si serv. ad liber. proclam. l.3. de off. Prat.* in qua nihil emendandum est, *ut benè docet Vult. 2. disc. 18. Diff. Hot. ill qu. 17. Cont. 1. disp. 2. Cujac. 18. obs. 33.* Et malè *ex eadem l.3.* vulgò Dd. probant, vel pro satis probato præsupponunt, quòd error jus faciat, *quos refell. A. Guib. 1. qu. c. fin. Gov. 1. lect. 6. Rob. 1. rec. lect. c. fin. Vult. tr. de caus. jur. const.*

IX.

Præterea & sacerdotes nequeunt esse judices in causis laicorum *a*: non tamen vicissim à laicorum jurisdictione omninò justè exempti sunt clerici *b*. Unde quibus in locis contraria juri Pontificio invaluit consuetudo, eidem submittere se sine culpa possunt *c*: multoq; magis si in suo foro laicum conveniat clericus, per reconventionem coram eodem judice convenietur *d*: neq; clericus venditor in judicio ad defendendum emtorem comparens privilegium fori rectè allegat *e*.

a) *l. pen. in pr. de vac. mun. l.23. C. de test.* b) *per c. si diligenti. 12. de for. comp.* Quin potius videatur in lege divina. *Matth. 20. vers. 25. & seqq. Marc. 10. vers. 42. & seq. Luc. 22. vers. 25. ad Rom. 13. in pr.* & Impp. illis non jurisdictionem, sed audientiam tribuerunt, *arg. t. t. C. de Episc. aud.* nec faciunt pro illis *l. 8. de relig. l. 50. in fi. de pet. her. l. 28. C. de Episc. & cler. Diff. Schola communis. Soar. lit. C. n. 94.* Itaq; vice versa de iis, in quibus clerici audientiam habent, ne quidem quoad factum judex secularis cognoscet, *ut post Bald. Imol. & alios tradit Fachin. 1. controv. 44 arg. c. si judex laicus, de sent. excomm. in 6. arg. c. tuam, de ord. cog. l. 10. C. hic.* c) *arg. allegatorum ad lit. praced.* Diff. latè hanc quæstionem tractans Covar. *pract. quæst. 31.* d) ut rectè sentit Bart. *in auth. & consequenter, n. 19. C. de sent. & interl. Mar. p. 4. dist. 6. n. 53. Myns. 2. obs. 67. Diff. Cyn. in d. auth. Panorm. in c. at si clerici, hic.* e) *Cast. in l. 49. hic. Salic. in l. 1. C. ubi in rem act. Bald. ibi Myns. 1. obs. 22. nu. 7. & 5. obs. 14. & 6. obs. 33. Geil. 1. obs. 37. nu. 6. Diff. Ang. & Castr. in l. 49. hic.*

X.

Illud satis planum est, quia territorium clerici non habent, ideò actione reali à laicis conventos ad seculare tribunal rectè trahi *a*: item instantiam cum defuncto laico cœptam in heredem clericũ continuari *b*. Prorogare item unusquisq; jurisdictionem ejus, cui aliâs non subjaceret, potest *c*: quod & tum censetur fieri, cùm dilatoria exceptio opponitur *d*.

a) *Geil. 1. obs. 37. num. 4. allegans ad hoc Socin. Boër. decis. 69. num. 22. Myns. 1. obser. 22. (Dissent. Panorm. in c. qualiter, hic, & relati à Myns. d. loc.)* Et clericum citatum à judice seculari ad judicium subhastationis bonorum, in quibus fortè aliquod jus habere prætendit, teneri ad comparendum indubitatum est, in tantum, ut eo non comparente sententia contra contumaces, sive eos qui jura sua non probarunt, ipsum non minus quàm alios afficiat, *Boss. tit. de proc. quod fit bon. publ. in fin. Socin. in c. 1. num. 41. de for. comp. (Diff. Surd. decis. Mant. 26.)* b) *Cost. in l. 19. hic.* communem ponit Soar. *lit. C. num. 104. Viv. 2. opin. 48. Boër. d. decis. 69 nu. 22. & seqq. Covar. pract. quæst. 8. Surd. decis. 110.* ubi veriorem & communiorem. & à Senatu Mantuano sæpiùs approbatam dicit. *Dissen. Mar. p. 4. dist. 11. in fin. Felyn & Panor. in c. quia 11. de judic.*

judic. Mynf. 3 *observ.* 45. ubi tamen eleganter limitat, si lis cum laico esset co... tum æquiorem esse priorem sententiam, *per l. ubi.* 30. *hic.* c) *l.* 1. *hic. l.* 14. *de jurisd.* nec multum interest, tacitè an expresse hoc fiat. *Bart. in d. l.* 1. d) *Bart. in l.* 18. *de jurisd. Mar. p.* 4. *dist.* 12. *n.* 11 *arg. l.* 51 *seq. hic. Diss. Ferrar. in form. declin. jurisd. alien. vers. nec fuisse judicem.* An prorogatione facta locus sit pœnitentiæ, *vide sup. disp.* 3. *th. ult. lit. H. & I.*

XI.

Judici verò opponuntur exceptiones *a* etiam aliæ, ut recusationis & incompetentiæ: hæc non nisi ante *b*, illa etiam post litem contestatam *c*. Illa *d* proponitur libello porrecto *e*, coram ipso recusando, vel si absens sit, coram ordinario loci: in quo causa suspicionis exprimatur tam jure civili *f*, quàm Canonico *g*. Sicut & utroq; jure non modò delegatum, sed & ordinarium *h* recusari posse placet.

a) quæ omnium primæ esse dicuntur *l. ult. C. de except. ubi Dd. l.* 16. *fin. C. hic. Novel.* 53. *& ibi Cujac. idem* 9. *obs.* 23. *Vult.* 2. *jurispr.* 30. b) item litis contestatione judex fit competens, *d. l ult. C de except. l.* 4. *C. de jurisd. l.* 1. *C. ubi de crim. ag Mynf.* 4. *obs.* 27. Hæc exceptio fori præscriptio nominatur, *Zang. tract. de except. p.* 2. *c.* 1. *nu* 1. quibus casibus locum non habeat, *vide ibid. nu* 33. *& seqq. latè Marian. Socin. c. fin. n.* 71. *usq; ad nu.* 90. *de for. comp.* c) debet quidem proponi, & ante alias exceptiones, si ab initio suspicio subsit, *l. ult. C. de sent & interloc. Dd. in l.* 51. *hic. Mynf.* 4. *obs.* 59. *Geil.* 1. *obs.* 74. *Mar p* 6. *de appellat. num.* 26. *& multis seqq.* si verò postea primum emergat, in quacunq; parte litis etiam post conclusionem potest objici, modò id evidenter constet judici, *vide Mynf. d. observ.* 59. Imò etsi causa recusationis ante litem contestatam emerserit, si allegans eam post litis contestationem justam ignorantiam juramento probet, adhuc erit audiendus. *Covar. pract. quæst.* 26 *adde Mynf.* 5. *obser.* 89. *Ord. Cam. p.* 3. *tit.* 18 §. *fin. & tit.* 24. *Dissen. multi relati à Covar. d. loc.* d) quæ est judicis suspecti allegatio. *Vult. d c.* 30. e) *c. cum speciale, de appell. ubi Dd. l. fin. ubi Jas. Ang. Salic. Fulgos. C. hic. Geil.* 1. *observ.* 33. *nu.* 13. f) *l.* 9. *de lib. caus. Hotom. ad l.* 16. *C. hic. Cujac.* 9. *obs.* 23. *Dissen glos. Bald Jas. Sichard. in d. l.* 16. *Geil. d. observ.* 32. *nu.* 15. g) *d. c. cum speciale, & c. secundo, de appell.* h) *d. l.* 16 *C. hic. d.* § *fin. & auth. & consequenter. C. de sent. & interloc. c.* 39. *de off. deleg. c.* 4. *de for. comp. Novel.* 69. *c.* 2. *Cujac. d. obs.* 23. *Diss. Bart. ad d. l.* 16. *num.* 1. *Sichard. num.* 6. *Jas. nu.* 4. *Mynf.* 2. *obs.* 52. *Geil.* 1. *obs.* 33. & ferè omnes, qui volunt ordinarium jure civili non recusari posse, sed adjungendum ei esse alium, *per Novel.* 86. *c.* 2. *& auth. si offeratur, C. hic, adde Schrad. tract. feud. p.* 1. *quæst.* 6. *n.* 7. 8. *&* 17. De hoc dubitari non debet, judicem recusatum ut suspectum in causa suspicionis per arbitros electos interrogari posse, ut veritatem dicat, & ad respondendum teneri, *arg. l.* 2. *C. de edend. gloss. in c.* 1. *verb. sive confessi, de except. Cavalc. p.* 2. *decis.* 18. *num.* 109. *Tessaur. decis.* 6. *per tot.* (*Diss. Spec. tit. de recusat.* § *fin. in fin.*) etiam in causa criminali, *arg. auth. sed novo jure.* § *sed si datum, C. de pœn. jud. malè jud. Canonistæ in c.* 1. *de except.* (*Diss. Tessaur. d. decis.* 6. *n.* 1.) adeò, ut & jurare teneatur, *d. auth. sed novo jure, gl. in d. c.* 1. *de except. Covar. pract. quæst.* 26. *n.* 3. (*Diss. Io. Andr. in d. c.* 1.) nimirum ante conclusum causæ: extrajudicialiter verò interrogari possit, tam ante, quàm post conclusum causæ, *Cov. d. c.* 26. *n.* 3. *Tessaur. d. decis.* 6. *in fin.*

Si ta-

XII.

Si tamen Princeps causam cum clausula, remota recusatione, delegaverit, recusatio non nisi ex gravibus suspicionibus auditur *a*. Generaliter verò notandum, quibus ex causis testis repellitur ut suspectus, ex iisdem multò magis repelli judicem *b*: & proposita recusatione ex causa suspicionis, ea quæ ulterius à judice geruntur, ipso jure pro nullis haberi *c*.

a) an possit ita delegari variant Dd. Affirmat Spec. *tit. de recus.* §.1. *vers. quid si sit causa. Bald. Ang. Imo. Innoc. relati à Mynf.* 3. *obser.* 63. *Diss. Abb. in c. adhac, de rescript. gl. ibid. & in c. cum inter. de except.* Id conciliat Mynf. *d. loc. ex Hipp. de Mars. sing.* 292. ut non intelligatur per ejusmodi clausulam sublata exceptio recusationis legitimæ. Clausulam igitur accipit de levi & frivola recusatione, *adde Geil.* 1. *obs.* 33. *n.* 4. *Ias. in l.* 16. *C. hic, nu.* 17. *&* 18. *vide c.* 53. *de appell.* juxta cujus distinctionem etiam non incommodè videtur ad hanc quæstionem responderi posse. b) causæ multæ sunt, & ab aliis ad plura, ab aliis ad pauciora capita rediguntur, *vide Mynf.* 4 *obs.* 69. *Geil. d. obs.* 33. *nu.* 4. c) *Bart. in l.* 4. *ad Treb. n.* 4. *Diss. Innoc. ad c. cum speciale, de app. & alii multi, quos refert Ant. de Tremol. ad praxin. Bonacurs. tit. de recus. num.* 38. ubi Bart. sententiam communem ait.

XIII.

Quod ad disceptationem judicis attinet, si plures in unum judicium quæstiones incidant, plerunq; prius criminales quàm civiles *a*, momenti sive possessionis semper quàm proprietatis *b*, præjudiciales sive status quàm hereditatis decidentur *c*. Unde pendente possessorio non posse agi petitorio defendemus *d*.

a) *l pen. & ult. C. de ord. jud. vide Cuj.* 20. *obser.* 25. *& seq. Mynf. ad* § *præjudiciales. Inst. de act n.* 17. *Fachin.* 1. *controvers.* 43. *in fin.* b) *l.* 37. *h. t. l.* 3. *C. fin. reg.* non simul, etsi recuperandæ vel adipiscendæ interdicto agatur, probat Donel. *in l.* 3. *C. de interd. Dissent. Cuj.* 2. *obs.* 35 *&* 5. *obser.* 15. *Gothofred. ad l.* 10. *C. hic.* quæ fuit olim Petri & Cyni opinio, *ut ait Bart. in d. l.* 3. *n.* 3. c) *l.* 1. 2. *C. de ord. jud. ubi Cujac. par. Wes. hic, nu.* 8. *Zas. Donel. ad d.* § *præjudiciales. Vult.* 1. *disc.* 3. De incidenti quæstione judex nominatim pronunciabit, siquidem illa non merita causæ, sed processus concernat: nominatim etiam pronunciare intelligitur, quando ad ulteriora procedit, exceptione non obstante: sive ejus mentionem faciat, sive non: plerunq; tamen generaliter dici in interloquendo solet; ist N. einbringen/als unerheblich/verworffen: vel: ist/beschehenes einwendens ungeachtet/zu Recht beschey/rc. idque usus fori observat. *Fachin. d. c.* 43. *per discursum, ubi vide.* d) *per l.* 13. *C. de R. V. Donell. ad d. l.* 3. *C. de interd. Dissent. Cuj.* 7. *obs.* 38. *Bar. & Dd. vulgò in l. naturaliter,* 12. §. 1. *de adq. poss. vide Hot. ill. q.* 31. *Borch. tr. de adq. poss. c. fin. n.* 54. *& seq. P. Fab. in l.* 43. *& in l.* 130. *de R. I. Menoch.* 4. *remed. retin. poss. n.* 511. *& seqq. H. Pist.* 1. *q.* 45. *n.* 12. *Geil.* 1. *obser.* 63 *per l.* 18. *in fin. de vi & vi arm. d. l.* 1. 12. §. 1. *de adq. poss. auth. qui semel, C. quomod. & quand. jud.* quam sententiam usus fori probat.

XIV.

Judicare autem debet judex ita, ut legibus, constitutionibus, & moribus provisum est *a*, & omnino curare, ut certæ rei vel pecuniæ sententiam

ferat *b*: alioquin litem suam facit, & quidem imprudentia lapsus ... riam pœnam sustinet *c*, dolo malo adductus etiam criminaliter plectitur cum famæ dispendio *d*. Porrò contra conscientiam nunquam est judicandum *e*; nunquam contra acta & probata: secundum conscientiam ita demum, si à sententia appellari nequeat *f*.

a) *§.1.Inst.de off.jud.ubi Mynf.& vulgò Dd.auth.jubemus,C.de jud.Nov.22.c.15. l.40.79.h.t.Bar. Bald. & Dd.in l.fin. C.de pœn.jud.qui mal.jud. Bronch.1. enant.2.* quod quoad consuetudines & statuta egregiè declarat Geil.*1.obs.36.vide p.2.disput.13.th.2.* b) *§.curare, Inst.de act.ubi Dd.l.ult.de prat stip.t.t.C.de sent.sine cert.quant.ubi Cuj. par.l.12.§.1.ubi Gothofr.qui & à quib.man.* c) *l.15.h.tit. C.de pœn.jud.mal.jud.ubi Gothofr.* d) *l.2.C.d.t.ubi Bart.* e) *facit l.3.§.1. & 2.de prob.l.79.§.1.h.t. auth.hodie.C.eod.l.3.C.de reb.cred.* & maximè quòd una sit & simplex veritas: unde vera conscientia & veræ probationes pugnare nunquam possunt, & cùm probationes cum vera conscientia pugnant, ne quidem sufficientes sunt: veram cõscientiam intelligo, non propriam & præcõceptam opinionem, einen eigenen gefasten oder vorgesetzten wahn / quæ sæpe tanquam glaucoma oculos judicum affectibus indulgentium obstringit, sed conscientiam publicam, legibusq; munitam: *vide Schrader.tr.feud.p.10. sect.13.n.25.& 30.* f) aliâs enim magis pars innocens gravaretur, lis produceretur, judex semel officio functus postea veritati testimonium perhibere non posset. Et ita Dec.*cons.699.n.16.* scribit, Principem posse judicare secundum conscientiam, neglectis allegatis. Qua ratione, ut opinor, rectissimè conjunguntur, quæ Dd. vulgò divellunt, qui communiter sequuntur Joh. sententiam, *ut Wesenb.par.n.10 de probat.Pin.ad l.2,C.de resc.vend.p.3.c.3,n.32.Covar.1.var.resol.1.Cuj.12.obs.19.* testãtur. Rursus aliqui iniquissimum putant cõscientia neglecta juxta acta judicari, *Cora.4.misc. 20 Hot.ill.q.27.Vasq.ill.controv.14.Oldend.in lib.de jur.& aq tit.13.* Fundamentum quæstionis ponunt *in l.6.§.veritas,de off.Præs.* ubi non confertur scientia judicis cum probationibus partium prolatis in judicio, quod malè Dd. præsupponunt: *confer l.5.C. de jur.& fact.ign.l.15.C.de lib.caus.Cuj.Hot.dd.locis.*

XV.

Quod ad tempus attinet, judex causas civiles intra triennium, criminales intra biennium à lite contestata decidere debet, alioqui perit instantia *a*: quod tempus consensu partium diminui potest, non item prorogari *b*. Ad audiendam verò sententiam citare partes absentes debet, quo omisso annullatur ipso jure sententia *c*.

a) *l properandum,C.h.t.l.ult.C.ut int.cert.temp.* neque hoc reperitur expressè jure Canonico abrogatum. *Diss.Abb.& Dd.in c.venerabilis.& c.pen.de jud.* Neq; aliud fieri debebat in consistorio Principis. *Matth.de Affli.decis.283.n.4.Diss.Bald.con.217.in fi.vol.3.* cujus tamen opinio propter processum fori longè, quàm olim fuit, magis intricatum, & multitudinem causarum in Camera, & passim in judiciis non sine detrimento Reip. recepta est, *Mynf.2.obs.48.vide Geil.1.obs.141.n.7. & 1.p.p.9.n.15. vide Vall. tr.15.de reb.dub.Zob.2.diss.8.* b) *gl.in d.l.properandum,quam sequitur Bar.ibid.n.2. & communiter Dd.teste Geil.d.obs.141.n.5. Diss.Walth.1.misc.20.* c) *l.47.in pr.& ibi Duar.de re jud.Dd.per l.7.C.quom.& quand.jud.Diss.Cuj.par.C.ibid.* in Camera satis est

partes

partes semel ad totam causam peremtoriè citasse, *Geil.1.obs.109.n.2.Mynf.3.obser.71.* quia illa repræsentat Imperatorem, cujus unica citatio habet vim peremtorii, *juxta Jas.in l.1.de const.princ.n.9.Affl.ad c.un.quæ sint regalia,n.41.Diss.Abb.in c.venerabilem,de elect. quem sequi videtur Mynf. d. observ.* 71. Quomodo instantia ab actione differat, pulchrè explicat Nicol. Sudorius *libr.1. civil.disput.* actio est jus ipsum persequendi, quod iis demum temporibus præscribitur, quæ jure circa singulas actionum species definita sunt. Unde si agenti præscriptio objiciatur & probetur, reus à tota causa absolvitur: instantia autem tantùm est contextus sive continuatio processus in judicio deducti. ea est, quæ triennio in civilibus terminatur, etiam hodie in Gallia constitutione regia, *Sudor.d.loc.ubi vide.* magno autem Reip. cum damno ab usu nostri fori in Germania plerisq; locis recessit. Stante autem illa triennii observatione, quæritur: an instantia perire etiam tum censenda sit, si partes causam concluserint, & ea ultra triennium indecisa apud judicem remaneat? quod rectè negatur, *arg.d.l. properandum.* quæ partibus moram facientibus pœnam infligit; quam sine culpa ipsorum, judice fortè interim circa alia occupato, infligi iniquum esset, *arg.l.sancimus,C.de pœnis.Sudor.d.lib.1.*

XVI.

Victum etiam victori in expensas, & damna, hoc est, detrimentum quod ratione litis victor habuit, prævio juramento, quod judex sequi debet *a*, condemnabit *b*: nisi per eremodicium victor contumax extiterit *c*, vel victus causam litigandi justam habuerit *d*.

a) *Nov.82.c.10.auth post jusjurandum, C.h.t.Cujac.ad Nov.18.Donell.ad l.4.§. pen.n.2 de in lit.jur.* De jure Saxon. adde hîc Novel. Aug *p.1.c.31.* b) *l.79.in pr. h.t.§.hac autem, Inst. de pœn.tem.litig.l.ult.C.quand.prov. non est nec.Cuj par.C.de sent.& lit.expens.Diss.Walth.1.misc.28.* Sed an hoc etiam in criminalibus procedet? Affirmãtium sententia placet, *Bart.ad l.1.ad SC.Turpil.Ias.ad d.l.13.§.6.hic,Covarr.pract.q.27. Geil.1.obs.152.arg.d.l.13.§.6.l.3. C.qui accus.non poss.l.ult. C.de fruct. Diss. post veteres quosdam Fachin.1.controv.42.Mynf.cons.59.* c) *l.properandum.§.3.& 4 C.hic.* hoc est litem deseruerit: tunc enim actor, etiam si victor sit, reo quoq; victo condemnatur in expensas, *d.l.13.§.2.vers.sin autem ex gestis,ibiq; Placentin.Cujac.9.obs.22.Fachin.1.controv.40.arg.Nov.49.c.calumniam,de pœn.Mynf.4.obser.97.* (*Diss.Alex.Corn.Ias.& alii ad d.l.13.§.2.vers.sin autem.*) quod multò magis in reo dicendum, si is in causa principali absolvatur, puta quòd actor non probaverit, in expensas tamen actori ob contumaciam condemnabitur: quod usu servatum sæpius memini. d) *l.78 §. 2.vers.nec aliud,de leg.2.l.79.pr.h.t.ubi bene Cost. Sich. ad auth.jubemus,num.13.Ias.ibi n. 8.& seqq.* ubi novem conclusionibus ostendit quando quis dicatur habere justam causam litigandi, *Geil.1.obs.151.n.3. & seqq.* & quia sæpe pugnãtes & alternantes sunt Dd. de eadem re opiniones, ideò cum Dd. & eum justam habere causam concludit, qui pro se habeat consilia duorum clarissimorum JCtorum. Ideò id ferè judicis arbitrio relinquitur. Et hinc est, quòd in Camera & aliis consistoriis causa illa movens judicem, ut expensas compenset, non inseritur speciatim, quod de jure fieri debebat, *d.Nov.82.c.10.* sed clausula generalis, *auß beweglichen ursachen/ de qua Geil.1.obser. 151.n.23.& 24.* Quid si ab initio justam causam habeat victus, postmodò nõ habeat? damnabitur in expensis post illud tempus factis, quo desiit habere justam causam, *Bart.Alex.Ias.in d.l.13.§.6.C.hic, Fachin.1.controv.41.* (*Diss.Dec.in l.qui in alterius,de R.*

L) Su

1.) Si is qui in priori instantia vicit, in instantia appellationis succumbat, judex arbitrabitur, an propter sententiam priorem justam litigandi causam habuerit, *Geil. 1.obs.152. Fachin.d.c. 41.* (*Diss.relati ibid.*) Si expensæ petitæ non fuerint, adhuc judex ex officio poterit super illis ex officio condemnare vel absolvere, *Sich.in d.l.properandum.§.sin autem,n.18.Ias.n.30.facit gl.in l.ult.C.qu prov.non est nec. Imol.in l.Paulus,42. de re judic.Mynſ.4.obs.55.Geil.1.obs.151 nu.21.& seq.* Quod multò magis verum est in interesse & fructibus, atque id ex sententia Dd. operatur clausula libellis hodie adjici solita: Peto mihi jus & justitiam administrari omni meliori modo, *Mynsing.d.obs.55.* (*Diss.Innoc.Host.in c gravis,de restit.spol.per l.35.in pr.de R.V.*) Quid si judex reum ab expensis absolverit, non facta mentione damnorum, an etiam censebitur absolutus à damnis? *Neg gl.in l.1.§.fin.si quis jus dic.non obt.ibiq; Bal.Alex. Socin.Ias.gl.in l.sancimus, & in l.properandum,§.sin autem,C.hic. Asin.in prax.judic.§.32.c.4.n.1.per c.nostra,de injur.* quam sententiam tamen ita limitandam existimo, ut in expensis etiam lucrum cessans computetur, *Ias.in d.l.1.§.fi.n.14.si quis jus dic.non obt.* atq; ita sententiam Salic.*in l.non ignorat,nu.7.C.de fruct.& lit. exp.* cum hac assertione conciliat Surd.*decis.Mant. 261.*ubi *num.8.* refert aliam quoque singularem distinctionem Saliceti, quòd nimirum sententia judicis absolventis ab expensis, non includat expensas, quæ jure promissionis debentur, sed eas tantùm, quæ judicis officio mercenario petuntur, *vide Marsil sing.237.in fin.*

XVII.

Actor in judicio est, qui actionem intendit *a*: reus *b* qui eandem propulsat *c*: quemq; judex vel absolvit vel condemnat *d*.

a) quòd homini Christiano litigare in judicio liceat, post alios eleganter tractavit P. Martyr *p.1.loc.comm.c.4.loc.5.vide l.4.§.1.de alien.jud.mut.Tiraq.de retr.lign. §.8.gloss.7.n.20.21.*non tamen placet, quod quidam tradunt, justè litiganti licere adversarium decipere: *vide Covar.1.var.resol.2.Mynſ.3.obs.6.ibiq; alleg.* Actio porrò ab agendo dicta (non quod cessantes ad judicem agamus, *ut voluit Theoph.ad §.1.Inst.de act.*sed quòd cum illis agamus, h.e. tractemus, *argu.l.age, C.de transact.Curt.Brugens.1. conject.15*)definitur *in §.1.Inst.de act.*quæ definitio ad actiones etiam reales pertinet, *Cuj.in l.51.de obl.& act.Cors.2.indag.1.Diss.Hotom.in d.§.1.& 3.obser.17.*non verò ad officium judicis, quod ab actione omninò distinctum est, *vide Bodin.meth.hist.c.6. Diss. Dd.in l.1.de jurisd.ubi vide Roman nu.16.Alc.2.parad.10.Vacon.2.declar.24.*& ex æquitate potissimùm nascitur, *arg.l.8.quod cert.loc.ubi Don.n.3.Peck.c.mora.de R.I.in 6.n.11.*In duplicibus judiciis is actor est, qui primus provocavit: *vide infra disp.19.th.1.lit.B.* in præjudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit, *l.13.de except.Revar.lib.2.de præjud.3.vide l.37.de obl.& act.* Præjudiciũ quid sit, vide Theoph. *in §.præjudiciales,Inst. de act.ibiq; Hot.Don. Duar.2.disp.anniv.2.Robert.1. sent.13. Revar.1. de præjud.14. latè Vult.1.discept.3. & notata ad Schard.verb præjudicium, remissivè.* b) à re, quæ ab eo petitur: *vide latè Ronchegall. ad rubric. de duobus reis,n.3.& seqq.* c) *confer l.13.§.etsi,C.hic,l.pen. C.de rec.arb.Cic.3.de Orat.Donell. ad §.1. Instit.de act.nu.7. Bodin.3.de Rep.6.fol. (mihi) 324.Pollet.4.hist.for.Rom.6.* cujus forum cùm actor sequatur *l.2. C.de jurisd.l.fin. C.ubi in rem act.* (excepto diffamationis judicio, *l.diffamari,C.de ing. & man.ubi Blar.c.4 n.1.& seqq. Geil.1.obs.9.nu.3.*) ideò sciendum, quot modis forum sortiatur: de quo vide latè Zang.*tr.de exc.p.2.c.1.nu.4. & multis seqq.adde sup.disput.3.th.8.lit.D.& seqq.* d) olim in re ambigua solebant

bant judices ita se judicandi necessitate expedire, ut pronunciarent sibi non liquere, *l.13.§.ult.de arb.l.36. de re jud. Ascon.Ped. in divin. Agell.14.noct. Attic.2. Senec.epist.66. Brisson.10.de V.S.verb.liquere.* quod hodie non licet, *per ea quæ dixi infr.part.2.dispu.23. thes.2.lit.A.* adeò, ut usu observarim, cùm sententiæ inferiorum judiciorum majoris certitudinis causa mittuntur ad revidendum an die Oberhöfe: quòd tum acta non acceptentur à judice superiore, nisi judex inferior typum sententiæ, quæ ipsi dicenda videtur, addat. Aliud est cùm acta mittuntur ad alios, qui non sunt mittentis superiores, wenn man sich einer Urtheil belernen läst/ vel etiam cùm ex compromisso ad acta cōpleta requiritur sententia. *vide tamen Fr.Viv.1. decis.92.* De re judicata ejusq; effectu plura dicuntur *infra p.2.disp.23.* ubi vide per discursum.

DISPUTATIO XIII.

De inofficioso Testamento.

Respondente Gregorio Sommer Cotbusiensi Lusatio.

THESIS I.

INofficiosum testamentum est *a* quod certis personis immeritò exheredatis *b* non ex officio pietatis factum videtur: cujus impugnandi remedium extraordinarium *c*, jure civili introductum *d*, est querela inofficiosi, qua quis petit ejusmodi testamentum rescindi *e*. Atq; id remedium & hodie in linea tam recta quàm transversali locum habet *f*.

a) *l.2.hic. Paul.4 sent.5. Vult.1.Iurispr.73.* b) propriè in linea recta paterna, ubi præteritio ipso jure testamentum annihilat, *d.l.2.l.4 C.de lib.præt.vel exhe.* impropriè in linea recta materna, item in fratre & sorore, ubi præteritio pro exheredatione est, *l.27.in fin.l.28.hic. l.15.17.C.eod.* c) *Vult.ad Instit.hic, in princ.* ad quod non devenitur, si remedio ordinario testamentum impugnari possit: actionis tamen via est proponendum, unde & actio appellatur, *l.12.in fin. pr.l.15.§.2.hic.* d) *l.8.in pr.de bon.poss.cont.tab.Cuj.2.obs.21.& 3.obs.8.& 14.obser.14.* deducens eam ex l. Glicia, *arg.inscriptionis, l.4.hic, & Duar.c.2.& 12.hic, quos sequitur Wes par.eod.n.5. Cont.1.subsec.lect.3. Dissen.Vigl. ad §.autem, Instit.hic.Vult.ibid.pag.(mihi) 287.* e) *l.17.19.in fin.hic.Novel.115.c.3.in fin.& c.4.* & hereditatem sibi adjudicari, atque ita petitio hereditatis cum hac actione cumulatur, *l.34.C.hic,l.20.in pr.vers.sed quemadmodum, de bon.poss.cont.tabb.* quæ ratio est connexionis titulorum, De inoff. test. & De pet.hær. f) nempe quando ex justa causa facta est exheredatio, quæ ab herede probari nequit, ut sentiunt communiter Dd. *Schneid.ad princ.Inst.hic,num.10.& seqq. Mynsi.n.6. Bart.in l.1.de testam.Ant.Rub.tr.de inoff.test.in prælud.n.8. Molin.in l.si totas.C.de inoff.don.num.9.accuratè & distinctè Iul.Clar.§.testamentum.q.41.ubi vide.* Diss. Mart.glossat. & qui eum sequuntur, putantes propter Novel. 115. locum querelæ in linea recta hodie non esse. *Diss.& Wes.ad §.2.Inst.hic,nu.5.in fin.* qui distinguit, utrum aliquid exheredato relictum sit, vel nihil, ut priore casu Mart. posteriore casu communis opinio vera sit. Imò etiam si ex justa causa secūdum Nov.115. non sit facta exheredatio, si tamen ritè facta sit, ad infirmandum testa. querela erit opus, *arg.d.Nov. c.3.& 4.Don.in auth.ex causa.C.de lib.præt.& 6.comm.13.Duar.c.3.hic,& c.3.de lib.& post.*

II.

Datur querela primò liberis utriusq; sexus *a*, sive sint naturales & legitimi simul, sive legitimi tantùm, hoc est, ab ascendentibus adoptati *b*: non verò naturalibus tantùm, nisi contra testamentum matris aut avi materni *c*.

a) *l.1.3.5.27.§.3.hic, l.7.15.22.C.eod pr. & §.1.Inst eod.adde l.liberorum,220.de V.S.* idq; hodie verum est, sive emancipati sint ii, sive in potestate constituti, *arg. Nov. 118.c.1.& 4.§.sed hac.Inst.de exhar.li.l.23. hic. ubi Goth.* Quod vulgò de jam natis & doli capacibus intelligunt gl. *in l.4.in fin.C.de lib.prat.l.33.§ 1. C.hic.glos.& Dd.in §.2.Inst. eod & in §.postumi.Inst.de exher.lib.* ut postumis querela non detur, quia hodie exheredari nequeunt. *Cuj.ad l.4.de lib.& post.Baro ad Inst.hic.Sneid.ad §.tam autem Inst.hic. n.2.* W*es.& Myns.ib.Iul.Clar.§.testamentum,q.41.n.ult.Goth.ad Nov.115 c.2.* quod tamē non concedunt, *Cona.9.comm.10.Duar.c.6.hic.Alc.4.parad.10.Vigl.ad d.§.tam autem, n.6.Vasq.3.illustr.controv.106.n.14.& de successiοn.tom.1.§.20.n 191.& tom.2.3.14.nu.126. Donel.in auth.ex causa.C.de lib prat.& alii, quos vide inf.p.2.disp.11 th.1.lit.F.* quo posito etiam postumis querela danda fuerit. b) *l.8 §.15 l.29.§.3.hic, §.2.ubi Dd.Inst. eod.l.pen.C.de adopt.* c) *l.29.§.1.hic, ubi gl.& in l.pen.C.ad SC.Orfit.* Adversus patris verò testamentum non admittuntur, nisi deficientibus legitimis liberis & justa uxore, *facit l.23.& seq.de stat.hom.vide Sneid.ad §.1.Inst.hic,n.4.* W*es.par.C.hic.Cujac.ad Novel.18.* Imò si mater sit illustris, eo casu ne quidem contra matris testamentum agunt, *arg.l.fi.C.ad SC.Tertyll.Vult.ad Inst.hic.p.301.*

III.

Secundò datur parentibus utriusq; sexus, cùm exheredantur à liberis sive in potestate sive extra eam constitutis *a*, modò ab intestato fuissent successuri *b*, & bona liberorum non sint castrensia vel quasi *c*.

a) *l.1.ubi pulchrè gl.l.14.* unde rectè colligit Goth. in querela inofficiosi adversus testamentum patris filios exheredatos præponi avo præterito, & filiis eo casu exclusis avum admitti, *l.15.30.hic, adde not. Goth.ad l.ult.C.de inst.& subst.* b) *l.6.§.1.d.l.14.hic.Duar.c.7.ad h.t.* c) *gl.in d.l.1 l.ult.C.hic.* ubi non est melior filiorum & parentum causa, quàm patronorum, *ut probat acutè Cuj.8.obs.32.* quo loco etiam rectè docet de liberto milite accipiendum esse, quod dicitur *in d.l.ult.Dis.Acc. & plerique Dd. eum secuti ib.* Interim quod ad quasi castrensia attinet, correcta est *d.l. ult.per Nov.115.c.4.& Nov.123.Vult.ad Inst.hic.*

IV.

Tertiò datur fratribus & sororibus consanguineis, si turpes personæ sint institutæ *a*: turpem personam autem non accipimus spurium *b*. Uterinis verò & aliis ultra fratres cognatis non datur *c*: unde non insubtiliter deducitur, fratrum filios cum patruis non succedere, ubi patrui testamentum per querelam est rescissum *d*.

a) *in pr.vers.soror.Inst.hic, l.21.27.C.eod.Conan.9.comment.9.Duar.c.8.h.t.Cost.ad l.1.hic.* Turpes personæ quæ sint accuratè tractat Jo. Faber *in d.pr.Instit.hic, vide sup. disp.8.* b) per ea quæ adducit Palæot. *tr. de spuriis, c.55.& seq. H.Pistor.p.1.q.30. Diss.Bald.ad l.1.C.de nat.lib.Nic.de Vbald.tr.de success.ab intest.n.45.Alex.ad l.ex facto 43. de vulg.*

de vulg. & pup. subst. n. 41. Imò ne facti quidem infamia spurios maculatos esse verius est: quanquam verum sit inhętere ipsis aliquid, quod eos ab aliis discriminet. *Palaot. & H. Pist. dd. locis. Diss. Dd. ibid. allegati. vide etiam inf. p. 2. disp. 16. th. 3. lit. E.* c) *d. vers. soror. in pr. Inst. hic, l. 1. eod. d. l. 21. 27. C. eod. Schneid. d. loc. Bart. in auth. ex causa, C. de lib. prater.* d) *Vigl. ad §. 1. n. 9. hic. Vult ad Inst. hic, pag. 294.* Et eadem ratione fratres unà cum parentibus non succedunt, si parens filium per querelam fecerit intestatum: quod in successione ab intestato secus est. Ratio: ne beneficium extendatur ultra mentem legis in ejus fraudem. *Vult. d. loc. Diss. gl. ad d. vers. soror, verb. ultra. Ioan. Fab. Ang. Baro, Mynsi. ibid.*

V.

Præterea ad heredes querela etiam transmittitur: & quidem ad suos indistinctè, ad extraneos verò non nisi præparata *a*. Si tamen transactione finita sit, etsi placitis non stetur, instaurari ab heredibus nequit *b*. Juri quoq; accrescendi & edicto successorio locus nonnunquam est: illi quidem, si una ex prioris gradus personis non admittitur, nec admitti speratur *c*: huic, si ex primo gradu admissus testamentum inofficiosum dicere nolit, nec possit *d*.

a) *l. 6. §. fin. ubi eleganter Cost. l. 1. §. 1. l. 5. 34. 36. §. fin. C. eod. Wesparat. C. nu. 8. vide Duar. c. 8. in fin. hic. Don. in l. 6. nu. 7. C. de transact. Alc. 5. parad. 6. & Ant. Rub. in tr. de inoff. test. c. 9. n. 12.* b) *l. cum mota, 6. de transact. ubi Don. confer l. 27. 29. §. 1. hic, l. 35. §. 1. C. eod. vide Alc. 5. parad. 6.* c) illa enim partem non facit. Finge: duo sunt filii exheredati, ambo egerunt de inofficioso, postea unus constituit non agere, ideò pars ejus accrescit alteri, *l. 23. § fin. arg. l. 16. & seq. hic. A. Rub. d. tr. c. 12. nu. 6. Diss. Alc. 4. parad. 16.* d) eo enim casu sequens admittitur, *l. 14. ubi Cost. & idem in l. 6. & 8. ibid. A. Rub. d. c. 9. Duar. c. 8. in fi. Bart. & Ias. ad rub. C. de success. edict. n. 5. Diss. Alc. 2. par. 16.*

VI.

Datur autem hæc querela contra heredes scriptos vel nuncupatos *a*, directos vel fideicommissarios *b*, item eos qui heredis locum obtinent *c*, modò adita sit hereditas *d*: & hoc colore etiam hodie *e* proponenda est quasi non sanæ mentis testator fuerit, cùm conderet testamentum: licet in eo differentia sit, quòd legitima exheredationis probatio hodie indifferenter heredi incumbit *f*.

a) *l. 15. § fin. l. 17. 24. 29. § fi. hic, l. 31. C. eod. ubi Bald.* quanquam Sneid. *ad pr. Inst. hic, n. 9. Wes. par. eod. n. 4. Mynsi. ad rub. Inst. eod. n. 5.* ad testamentum scriptum videntur restringere. b) *l. 1. C. eod. ubi Sichard. n. 5.* cujuscunq; dignitatis aut conditionis sint, *l. 8. §. 2. eod. Conan 9. comm. 8. n. 11.* c) *l. 10. C. eod. l. 29 hic. Wes. par. ib. n. 9.* d) *l. 8. §. 10. hic, l. 36. C. eod. Duar. c. 9.* e) ut olim, *pr. Inst. hic, l. 2. eod. Fulg. ad auth. ex causa. C de lib. prater. Baro ad t. Inst. hic. Vigl. ad §. 1. n. 2. Mynsi. ib. n. 8. Diss. Bart. ad l. 13. hic, & ad l. 1. de jure codic. n. 13. quem sequitur Sneid. d. pr. n. 17.* f) *d. Nov. 115. c. 3. l. 30. §. 1. C. hic.* quia malus nemo præsumitur, præsertim is cui beneficium conceditur à lege, quale est querela, respectu utentis: item quia determinatæ sunt ingratitudinis causæ. Olim eum oportebat probare, qui querelam instituebat, *l. 5. §. 1. hic, l. 28. ubi gl. & Bart. C. eod.*

VII.

Intentatur querela in ea provincia, in qua scriptus heres domicilium habet *a*: nisi fortè exheredatus in modum contradictionis agat *b*. Ad effectum verò ejus pertinet, quòd testamentum, contra quod judex pronunciaverit, hodie tantùm quoad institutionem rescindatur, reliquis articulis salvis *c*.

a) *l.29.§.fin. ubi gloss.verb. domicilium, hic. Ant.Rub.d.tr.in prelud.n.8.adde l.19. de judic.l.1. C.ubi in rem act.* b) quod tum fit, cùm exheredatus in possessione est hereditatis, & scriptus heres hereditatem petit, *vide l.8.§.si filius,13.hic, ubi gloss. & Dd.* quia cui datur actio, ei multò magis datur exceptio, *l.156.§.1.de R.I.c.qui ad agendum,71. de R.I in 6.* c) quod jure Nov. introductum est, *Nov.115.c.3.in fi.auth. ex causa C.de lib.præt.ubi vide Donel.Geil.2.obs.113.Menoch.2.arb.jud.q.147.confer Hot.4. obs.26.Cors.1.indag.13. Alc.4.parerg.9.Gov.in l.1.de vulg.& pup.* Jure veteri querela comprobata testamentum in totum evacuabat, ut res prorsus ad causam intestati rediret: *vide d.l.8 in fi cum l.seq.l.13. 21.§.1. 26.28.hic, l.13. C.eod.Cuj.10.obs.22.confer Forner. 2.select.16.* Dispositio autem d.auth. locum habet in præteritione filii facta per matrem, *ut commune dicit Paris.2.cons.60.n.12.* non in præteritione facta per patrem, ut rectè sentit Cyn. *in l.filio,17. de injust.rupt. Diss.Bald.ibi n.2.Imol.n.12.Bart.in d.auth.ex causa,n.2. Alex.n.15.Ias.n.7.Clar.§.testamentum,q.52.nu.2.vide infr.p.2. disp.11.th.1.lit.C.* An etiam in præteritione postumi? ita volunt Dd. allegati à Clar. *d.loc.n.3.* nisi ignoranter esset præteritus. *Bart.in d.auth.n.4. Ias.nu.3.Curt.Iun.n.17.Clar.d.loc.n.4.* Diss. multi relati à Geil.2 *obs.114.n.6.* An etiam in præteritione fratris turpi persona instituta? Negant communiter Dd. teste Jas. *in l.fratres,27.C.hic,n.3.Rol.à Valle 3.cons.87. n.11.& seq.* Salic. subsistit, & arduam atq; decisione Imperatoria indigentem quæstionem vocat *ad d.l.fratres,n.9.* Verior videtur opinio Jul. Clari *d.q 52.nu.5.* qui id affirmat: tum quia verba *d.auth.* sunt generalia: tum quia, si sequamur opinionem negantem, melioris conditionis erunt collaterales, quàm descendentes.

VIII.

Porrò cùm querelæ locus non sit, nisi supradictis personis immeritò præteritis vel exheredatis *a*, definiendum est eos cùm liberos tum parentes immeritò exheredatos censeri, qui ex causis in Nov.115. non expressis, aut saltem falsò exheredationi appositis excluduntur *b*. Unde improbamus eorum sententiam, qui ob causas similes vel etiam majores exheredationi locum faciunt *c*.

a) *textus in pr.Inst.hic, adde l.3.5.eod.* b) *per illam Nov.c.3. & 4.* quarum sunt 14. quoad liberos, & 8. quoad parentes, *Cuj.in l.17.de injust.rupt.idem in Nov. 18.Bald.in d.auth. ex causa,n.2. & 22.Ias.ibid.n.18.* c) *vide in d.Nov.115.c.3.in pr. ibi*: ut præter ipsas nulli liceat, &c. *Vigl.ad §.fin.Inst.de exhered.lib.* ubi & Curt. pro hac sententia adducit: & graviter errare ait Dd. qui ex majoritate vel paritate rationis in materia hac odiosa extensionem admittunt, *vide & Conan.10.comm.10.nu.6.Vult. ad tit.Inst.hic.Diss. communiter Dd. teste Alex.in d.auth.n.4.Ias.nu.6. Felin.in c.pastoralis, de rescript.Chass.in consuet.Burg.de success.§.2.verb.si non,n.2.Clar.§.testamentum,q.41.n. 2.Grassus §.testamentum,q.42.num.2.ubi vide plures allegatos, adde Cuja.ad Novel.18.fol.*

(mihi)

(mihi) 133.*& seq.Coras.de art.jur p.4.c.8.Gomez.1.var.resol.11.num.12.Menoch.2.arb.jud.c.130.& c.268.Baro Schenck.in viridar.concl.63.* Sed, stante opinione communi, quæritur: an exheredari filius possit, qui nuptiis consensum parentis adhibere neglexerit? *vide inf.p.2.disp.6.th.5.lit.C.*

IX.

Neq; sufficiens exheredandi causa est: quia filius voluit *a:* sicut nec propterea querela cessat, quòd propria manu filius se exheredem scripsit *b:* per expressam verò parentis remissionem causæ exheredationis tolli possunt *c:* non item per supervenientem furorem *d:* non per pœnitentiam *e.*

a) quia voluntas illa adversatur dispositioni legis, ponderando *d.Nov.*115.*c.3.in pr.* ideoq; non immeritò Ant.Gomes.1.*variar.resol.*11.*nu.*14. duram ait sibi semper visam esse contrariam sententiam.*Diss.gloss.& Bar.in l.35.§.& generaliter 2.C.hic, Grass.d.q.41.n.7.* b) per ante dicta: *adde Vasq.3.ill.controv.106.n.22. Diss.gl.& eam secuti Dd.ad l.8.§.si quis sua, verb.nocere, de bon.poss.cont.tab.* c) *Sich.post Ias.ad auth.non licet, C.de lib.pret.* non per nudam reconciliationem, ut vult Bart.*in l.3.§.fin.de adim.leg.* quod rectè improbat Curt.jun. *ad d.auth.nu.*8. quia si exheredatio censeretur extincta, filius maneret præteritus, & testamentum esset nullum, *ut notant Castr.Imol.& Alex.in d.l.17.de injust.rupt. vide Covar.ad c.Raynutius, de testam. in pr.num.18.* d) *Bar.in l.ex facto, de vulg.& pup.subst. Fr.Rip.in l.fin.C.de revoc. don.nu.228.Vasq.de success.creat.§.21.num.256.& de success.progress.§.17.num.113 Diss.Ias. in l.patre, de his qui sunt sui vel al.n.42.* Neq; placet conciliatio Vasq.*d.loc.* distinguentis utrum directè vel obliquè patrem offenderit, *vide & Clar.d.q.41.* e) *glos. notab.c.de his,6.de accus.Diss.Abb.in c.quintavallis, de jurejur.Sich.ad d.auth.num.21.Covar.d.n.18.Grass.d.q.42.n.9.*

X.

Et quia exheredatio facienda est nominatim *a*, sine conditione *b*, à tota hereditate *c*, & quidem causâ appositâ *d*, ideò si causa testamento inserta non sit, etsi heredes eam probare velint, admittendi non sunt, neq; ea probata filius excluditur *e:* quod idem est, si inserta quidem causa sit, sed filius præteritus *f:* etsi adjecta sit clausula codicillaris *g.*

a) *l.1.& 2 de exher.lib.§.nominatim, Inst eod.l.24 de manum.test.Duaren de ratione exhered.c.3.* b) *l.3.d.t.* rationem reddit Ulpian.*in l.18.de bon.poss.cont.tab.* c) *l.19.d.t.Duar.d.c.3.* d) *d.Novell.115.c.3.per sup.alleg.* e) quia ubi lex duo conjunctim requirit, ibi unum seorsim non sufficit: requirit autem *d. Novell.*115. causam exheredationis à testatore poni, & ab herede probari. *Covar.d.c. n.7.Gomes.d.c.11.n.11.Vasq.de success.creat.§.30.n.179.Grass.q.41.n.8.Diss.Ang.in Nov.22. Ias.in auth.non licet, C.de lib.pret.* f) nam neq; tunc testamentum, quod propter præteritionem nullum est, convalescit ex post facto, hoc est, si heres causam insertam probet: ut rectè docet Cyn.& plerique Dd.*in d.auth.non licet, probat Grass. q.49.nu.2.in fin.Diss.Bart.in d.auth.ex causa, num.12. Iac.de S.Georg.in d.auth.non licet, in fin.& id commune dicit Covar.d.loc.nu.8.Vasq.d.§.30.nu.175.& 177.* g) *arg.§. codicillis 2.Inst.de codicill.* & per ea quæ allegat Geil.2.*obs.*114.*nu.*9. quod magis ex consuetu-

suetudine Notariorum, quàm peritia vel voluntate testatoris clausula illa apponatur: *facit & gl. in d. auth. ex causa. Diss. Bart. in l. 1. de jure codicil. n. 9. Clar. §. testamentum, q. 46. Graff. §. testamentum, q. 50. ubi vide quos alleg.* Sunt etiam qui putant, hoc casu censeri rogatos ab intestato venientes, ut restituant hereditatem scriptis heredibus, nisi contraria testatoris voluntas probetur.

XI.

Præterea querelæ locus non est, si relicta sit legitima vel tota, vel pars aliqua *a*. Est autem legitima nihil aliud quàm portio ejus quod ab intestato habiturus quis esset *b*: in linea recta jure naturæ debita, in transversali mera dispositione juris civilis *c*: unde illa statuto minui tantùm, hæc etiam tolli potest *d*.

a) *facit l. 30. C. h. t. ubi Dd. §. sed hac ita, §. fin. Instit. eod.* idq; in testamentorum favorem introductum est. b) *per auth. novissima, C. hic, gl. in l. 8. §. unde quis, §. sextans, hic. Mich. Graff. §. legitima, q. 1. n. 1. Diss. Salic. in d. auth. nu. 11.* ubi vult quòd legitima sit portio totius substantiæ. In legitima matris mortuo filio, si ea concurrat cum defuncti fratribus, dubitatum est, an legitima hoc casu sit pars totius hereditatis, an verò tertia tertiæ? Illud voluit Jac. Butrig. quem sequuntur Bald. Castr. & alii *in l. 14. hic.* Hoc voluit Bart. Jacobin. Ang. *in d. l. Rimin. 4 cons. 405. nu. 9. Graff. §. legitima, q. 8.* Distinguo: aut fratres illi sunt omnes præteriti: aut certum illis legatum relictum: quò utroq; casu legitima matris erit tertia pars totius, quam tamen legata fratribus relicta minuent: atque ita locus erit primæ sententiæ: aut fratres illi vel omnes vel aliqui sunt instituti, quo casu vera est posterior sententia, *vide Tessaur. decis. 172. per tot.* c) quod ad filios attinet textus est *in l. 36. §. illud. 2. ibi*: ne filius defraudetur debito naturali: *C. h. tit.* & id commune testatur Graff. *q. 2. Vasq. d. §. 20. num. 320.* & ita intellige Geil. *2. obs. 122. num. 16.* Quod ad parentes, dissentiunt Dd. *per l. scripto. 7. unde liberi.* Verùm non sequitur: Ordo naturæ turbatur, cùm parentes succedunt liberis. Ergo jure naturæ non debetur parentibus legitima. De collateralibus consentiunt, *ut refert Graff. d. q. 2.* d) ita puto conciliari posse autoritates, quas adducit Geil. *2. observ. 120. Mynsf. 5. obs. 43. Socin. sen. vol. 1. cons. 50. per tot.* Diss. etiam inter neotericos Sich. *ad d. auth. novissima, nu. 6. Vasq. d. §. 20. n. 292. & seq.* Sic legitima filiarum in bonis feudalibus, quæ parentes noviter emerunt, ab Electore Augusto per constit. singularem est diminuta, ut eam petere quidem possint, at non ex ipso novo feudo, verùm ex ejus pretio, & ita demum, si pater pecuniam suam, non ex venditione avitorum feudorum, sed aliunde honestè quæsitam, in emtionem novi feudi contulerit, quo casu datur filiabus legitima, sed diminuta, quadrans nimirum, si liberi sint duo vel tres: aut triens, si sint quatuor vel plures, imputata dote & aliis quę in elocatione fortè filiæ accepissent, *Thoming. decis. 2. Dan. Moller. 2. semestr. 5.* Cæterùm tolli statuto vel consuetudine legitimam etiam parentibus debitam è bonis liberorum, in totum non posse, cavit Nov. El. Aug. *p. 3. c. 12. sequitur Moller. d. c. 5.*

XII.

An autem legitima hodie solo institutionis titulo relinquenda sit sine distinctione satis expediri non potest *a*. Illud satis expeditum est, quòd debea-

debeatur sine ullo gravamine *b*: & si plena non sit relicta, agatur ad ejus supplementum, vel judicio familiæ erciscundæ, vel petitione hereditatis *c*: quæ actio non quinquennio, ut querela inofficiosi *d*, sed annis triginta *e* præscribitur.

a) affirmant vulgò Dd. *Jas. in d. auth. novissima, n. 13. Gomes. 1. var. resol. 11. n. 24. Vigl. ad §. fin. Inst. hic, nu. 2. Graff. §. legitima, q. 35. nu. 3. ubi vide catalogum Dd. qui pro hac opinione pugnant.* Negant Baro *ad § sed hac ita, Inst. hic. Vaud. 1. quæst. 5.* Walth. *1. misc. 5. vide & Vasq. d. §. 20. nu. 233. Menoch. arbitr. lib. 2. cent. 2. casu* 149. *nu. 29. Riminald. §. 1. Inst. de donat. nu.* 79. Quoad effectum querelæ excludendæ vera est prior sententia, tum, cùm causa exheredationis nominatim non est expressa, & is est sensus *Novell.* 115. *c. 3. in pr.* ubi malè vulgus Dd. & post eos Gothofr. putant abrogari sanctionem *Nov.* 18. *c. 1. & d. §. sed hac ita.* Cùm verò causa nominatim inseritur, & per heredem probatur, sufficit quovis titulo relictam esse legitimam: ut rectissimè statuit sententia posterior. Novella igitur 115. *c. 3.* hoc tantùm vult, (ait Baro d. loco) ut causa ingrati à parentibus testamento inseratur, alioquin rescindendum id fore, etsi titulo legati, &c. liberis legitima relicta esset, ex præscripto dictæ Nov. 15. b) itaque fideicommisso gravari nequit: quia non judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur: unde gravamen legitimæ impositum pro non adjecto habetur, *Geil. 2. obs.* 119. *& obs. seq. n. 12. facit l. 32. & auth. novissima, C. hic.* vide tamen Duar. *ad tit. de adqu. her.* adeoq; non procedet doctrina Cæpoll. *caut.* 21. qui instruit patrem, qui vult filium privare legitima, ut eum heredem omnium bonorum instituat, & alteri eorundem usumfructum relinquat, *Moller. 3. semestr.* 11. unde hanc cautelam non esse tutam ostendit Laur. Tennin. *caut. tract. caut. 146. num. 11. in fin. ubi etiam vide per tot.* c) cùm non sit bonorum, sed hereditatis quota, *arg. Novell.* 115. *c. 3. latè Duar. d. loc. Bart. in l. si quis in suo, C. hic, n. 4. sequitur Zas. ad §. actionum, Inst. de act. n. 79. Sneid. ibi. n. 9. Dissen. Ias. & vulgò Dd.* qui condictionem *ex l. 30. C. hic*, tribuunt, *sequitur Geil. 2. obser. 120. in pr.* d) *l. 9. hic.* & quinquennium illud ab adita hereditate computatur. *Wes. par. C. hic, num. 11. nisi in casu l. 16. C. eod. ubi vide notata Gothofr.* e) *Vigl. ad d. §. sed hac ita, num. 2. Mynsf. Wes. ibid. Zas. nu. 4. d. t. Wes. par. nu 6. & ad §. 3. Instit. eod. nu. 8. Geil d. obs. 120. nu. 7. Bald. & Ias. in l. 34. C. hic. Ripa in l. ult. C. de revoc. don. n. 235. Boër. decis. 250. num. 1. Grammat. decis. 103. num. 46. Diss. gloss. in d. l. 34. verb. hereditatem. Bart. ibid. num. 3.*

XIII.

Legitima illa quondam indistinctè erat quadrans *a*, hodie triens, quatuor aut paucioribus, & semissis pluribus liberis relictis *b*: quod augmentum etiam in ascendentium legitima accipimus *c*, at non in transversalium sive fratrum *d*.

a) *l. 8. §. 6. & 8. hic. l. 6. & 8. C. eod. §. fin. Inst. eod.* b) *d. auth. novissima, & Nov. 18. c. 11.* c) *gl. in d Nov. 18. c. 1. gl. & Dd. in d. auth. novissima, commune asserit Ias. ibi. n. 35. Vasq. d. §. 20. n. 283. Cov. lib. 4. decret. p. 2. c. 8. 4. n. 14. Graff. §. legitima, q. 9.* ubi rectè hoc accipit de auctione quoad trientem: nam quoad semissem frustrà quæritur, cùm tot parentes habere quis nequeat, *adde Cost. in l. 15. h. t.* d) *gl. ad d. auth. novissima, verb. titulo. Bald ibi. Ant. Rub. d. tr. c. 2. n. 27. Graff. q. 10. & communiter Dd. Diss. Cuj. ad d. Nov. 18. Vasq. d. §. 20. n. 213.* ubi vide quæ pro utraq; opinione adducit.

14. Cùm

XIV.

Cùm autem liberis deberi legitimam asserimus, excludimus naturales tantùm *a*: item filiam, licet naturalis & legitima simul sit, per statutum exclusam *b*: non item eam quæ hereditati renunciavit *c*, etiam sub juramento *d*.

a) *gl. in l.1. de bon. poss. cont. tab.* commune ait Bart. *in l. Gallus, §. etiamsi, de lib. & post. Vasq. d. §. 20. n. 194. & §. 10. nu. 488.* Quod rectè limitat Grass. *q. 3. nu. 2.* ut intelligatur de bonis patris, non matris: quippe in quibus etiam ab intestato cum legitimis & naturalibus succederet: *per jura vulg.* b) *vide Bart. in l. Titio, de cond. & demonstr. Clar. §. testamentum, q. 42. Menoch arbitr. 2. cent. 2. casu 149. nu. 13. Ios. Ludov. decis. 21. nu. 41. Grass. d. q. 3. nu. 6. & seqq. Diss. Salic. in l. 2. C. de noxal. nu. 27. vers. quaero successivè, & multi eum secuti.* c) *per l. 35. §. 2. C. hic*, quem omnes ita accipiunt, teste Jas. *in l. de his, C. de transact. Grammat. decis. 57. num. 29. Maran. disput. 10. num. 19.* d) *Bald. & alii in d. l. 35. §. 2. Grammat. decis. 102. n. 88. Guid. Pap. decis. 427. Hotom. cons. 22. Grass. d. qu. 3. in fin. Diss. Covar. in c. quamvis, de pact. in 6. p. 3. § 3. nu. 3 post Bart. ad rubr. de V. O. n. 4.*

XV.

Quia autem pro numero liberorum legitima nunc triens, nunc semissis est, admodum dubitatur, utrum liberi à successione justè exclusi in computatione legitimæ connumerentur? quod negamus *a*. Quod si tres sint filii, quorum unus exheredatur, duo reliqui in re particulari instituti, omninò integrum trientem consequentur *b*.

a) *arg. Nov. 18. ubi pulchrè Cujac. Ant. Rub. d. tr. c. 15. Vasq. d. §. 20. nu. 205. Cost. l. 17. hic, arg. l. 3. § sed & si patronus, de conjung. cum emanc. lib.* ubi rectè Bar. concludit: stante statuto, ut non extantibus masculis fœminæ succedant, fore statuto locum, si extet masculus exheredatus. b) *arg. d. Nov. c. 1.* ubi & uni legitimæ nomine triens attribuitur. *Diss. Bart. in l. 1. § quidam, 7. de bon. poss. cont. tab.*

XVI.

Et licet legitima hereditatis non bonorum quota sit *a*, tamen non debetur nisi detracto ære alieno & impensis funeris *b*. Libertates porrò legitimam minuunt *c*: non legata ad pias causas *d*: non sumtus studiorum *e*: non publicatio bonorum patris facta *f*.

a) *Duar. latè ad tit. de adqu. her. Coras. in l. heres institutus, C. de imp. & al. subst. num. 34. Diss. Bart. in l. ex facto, de hered. instit. Fr. Vivius 1. com. opin. 199. Soar. lit. L. num. 63. Geil. 2. obs. 120. nu. 3.* An igitur filius heres à patre institutus acceptare poterit legitimam, & repudiare reliquam hereditatem? Id communiter negant Dd. *Alex. in l. quia poterat, ad Trebell. n. 12. l. 3. C. de impub. ibid. Dec. nu. 5. Curt. jun. nu. 8. Coras. n. 11. Vasq. d. §. 20. nu. 212. Soar. lit. L. num. 96. Diss. videtur Bart. in l. 1. de vulg. & pup. substit.* cujus tamen sententia verior est in eo casu, quo haberet substitutum vulgarem, si ipsius portio valdè esset gravata legatis: & ita se explicat *in l. gerit, de adqu. hered. sequitur Grass. q. 1. nu. 6. in pr.* b) *l. 8. §. quarta, ubi Dd. hic.* c) *l. 8. §. 9 hic. Paul. 4. sent. 5. §. 6. ibiq; Cuj. Borch. ad §. fin. Inst. hic, ibiq; Wes. in pr. nu. 5.* Huc referatur notabilis quæstio:

An

An relicta ob pias causas, causâ ob quam data sunt deficiente, fiant caduca, ita ut revertantur ad heredes, an ad alios pios usus converti debeant? Posterius affirmo: *vide infra p.2.disp.13.th.2.lit.D.* d) *vide Costal. ad l.8. §. quarta, hic, glos ib. verb. nunquid. adde Cujac.8.obs.32 in fin. & ad Nov.*18. e) *de quibus vide infra disp.19. th.13.* f) *arg.l.17.C.de pœn. junct. l.36.§.2. ibi. debito naturali, C. hic, vide inf.p.2. disp.31.th.7.lit.D.*

XVII.

In vita patris legitima liberis non debetur *a*, neque cogi potest pater etiam dilapidator, ut eam assignet *b*: ubi verò eam spontaneè assignavit, auctis bonis, etiam illa augebitur *c*. Post mortem patris, si ante assignata non sit, assignari debet judicis arbitrio, prout commodissimè fieri potest *d*.

a) *l.1.§ si puberi, de collat.bon. ubi Bart. Vivius 1. comm.opin.1. nu.199. Soar.lit.L. num.97. Grammat.decis.101.num.66. Vasq. §.20. num.285. Graff.q.12. Mynf. 4.observ.25.* Unde quæritur: An statutum valeat, ut pater ex delicto filii teneatur solvere legitimam? Neg. opinio de jure verior, per ll. & rationes allatas à Moll.3 *semestr.6.n.2.* sed affirmativa usu recepta defendi potest, *arg.c.2 de delict puer. Ias.in auth.novissima, nu.8.C.de inoff.test. Ios.Lud.decis.11.nu.24. Clar.d.§.fin.q.86. vide & Graff.d.q.12.nu.3* quæ tamen rectè limitatur, ut locum non habeat, si ex filio, qui deliquit, nepotem pater habeat, *Ios.Lud.d.decis.11.num 28.* aut ex contumacia filius condemnatus sit, *Fab. de Gioch.in auth.novissima, nu 186. Moller.d.c.6 nu.4.* adde casum quem tractat Reinh. *p.6.diff.43.* ubi puer septennis alteri puero oculum effoderat, pater solvere pœnam l.Aquiliæ de jure Saxon. jussus est; aut nisi id facere vellet, tradere filium tanquam in actione noxali, ut qui ex delicto debitum hoc contraxisse videretur. Aliâs autem de jure Saxon. debiter cùm solvendo non est, creditori ad manum traditur. Sed cùm illa asperitas hodie in carceris pœnam (Schuldthurn) mutata sit, etiam hoc casu correctionem arbitrariam pro qualitate circumstantiarum sufficere crediderim. b) *Bald. in l. non potest, de adopt. Salic. in l.2.C. si quid in fraud patr.* potest enim haberi remedium ordinarium, ut interdicatur patri bonis, & curator detur. *Diff. Ias.in l. si constante, sol.matr.n.199.* & hanc receptiorem ait Pinel. *l.1. C. de bon.mat.p.3. num.75.* subdit tamen in praxi difficulter obtinere. c) quod facere potest, ut omnes fatentur: *teste Graff.d.q.12.in fin. Ias.in d.auth.novissima, num.10. Covar. ad d. c.Raynutius, num.8. Diff.Boër.dec.26. Soar.lit.L. num.74. & multi relati à Graff. quæst.13.* d) neq; enim ipse suo arbitrio eligere potest. *Bald. in l. jubemus, C. ad Trebell. Menoch. 2. arb. jud. q.163. num.16. & 20. idem cons.401. num.138. ibiq; allegat. ubi vide, & num.seqq.* Coronidis loco notetur elegans & in praxi frequens quæstio: an filiabus loco legitimæ aliquid ex feudis novis debeatur? *de qua vide H. Pist. 2. qu.38. Toming. dec. 2.* qui hoc certis conditionibus affirmant: quorum sententia peculiari constitutione provinciali in terris Elect.Saxon. roboratur: & originaliter ita sensit Alex.1.*cons.29.num.4.* atq; ita in supremo tribunali Appellationum regni Bojemiæ pronunciari memini. *Diff.Schrad.tract. feud p.7.c.5.num.46. & seqq.*

§(*)§

DISPUTATIO XIV.

De petitione hereditatis.

Respondente Augustino Polmanno Leowardiensi Frisio.

THESIS I.

HEreditas nomen juris est, quod & accessionem & decessionem recipit *a*, ac absq; ullo corpore juris intellectum habet *b*: quo respectu rectè individua dicitur *c*, & definitur successio in universum jus quod defunctus habuit *d*.

a) *l.178.§.hereditas, ubi Alc. & Gædd arg. l.1. de her. vel act. vend. l.50. de V.O.* vide eleganter & acutè differentem Cujac. *2. obser. 30. adde l.1. ad SC. Trebell.* vide etiam Cujac. *tr. ad Afr.* ubi explicat *l.208. de V.S. Diff. Senec. 6. de benef.* inter JCtorum acutas ineptias malè referens, quòd inter corpora hereditaria & jus in illis existens distinguitur. b) *l.50. hic. Dd. in auth. ingressi, C. de SS. Eccles. ubi Bart. n.7. adde l.3. §.1. de bon. poss.* c) *arg. l.1. §.2. si pars hered. pet. l.8. de R.V. unde plenè Hotom. ill. quæst. 21.* Ea verò quæ in jure nostro dici videntur in contrarium, intelligenda sunt de hereditatis subjecto, quod ab ipsa hereditate, ut res à jure in re constituto, differt, *arg. t. tit. Inst. de reb. corp. & incorp.* ubi adde definitionem Theoph. communionem igitur hereditas propriè dicta recipit, ut & alia jura: divisionem non item. d) *l.24. de V.S. l.62. de R. I. ubi Cagnol.* antequam quis adeat, vicem, locum, & personam defuncti repræsentans, *arg. l.31. de her. inst.* respectu heredis jacens, *l.1. de success. edict.* ubi aditur, patrimonium heredis efficitur: quo sensu loquuntur Bart. Jas. & Dd. *ad rub. de adquir. her. Mich. Graff. § hereditas, q.1. & 2. Diff. Alc. ad d. l.24. & 4. parerg. 1.* contra cujus argumenta communem Dd. sententiam benè defendit Val. Forst. *tr. de success. ab intest. lib. 1. rubr. quid si hereditas. confer Duar. in l.1. §.16. de adq. possess. Gædd. ad l.24. in pr. de V.S.*

II.

Petitionis autem verbo propriè actiones in rem designantur *a*, unde apparet petitionem hereditatis omninò esse actionem realem *b*.

a) *d. l.178. § actionis; l.28. de obl. & act. facit l.25. eod.* ubi in rem agendo dicimur petere: in personam tantùm agere. *adde Briss. 5. form. pop. Rom. pag. 474. Cuj. 7. obs. 26.* Itaq; cùm interdum & aliis actionibus hæc vox accommodatur, censeri debet id impropriè factum, *ut in l.1. C. de plus petit. ubi Wesenb. in par. num. 1.* b) etsi enim præstationes quasdam personales habet, puta eorum quæ à debitoribus sunt soluta, &c. *l.25. §.18. l.31. in fin. hic.* non tamen exinde debet dici mixta, *facit d. l.25. §.18. juncta l.27. §.3. de R.V. Bart. in d. l.25. §.18. num.1. Salic. & Ias. ib. & in §. quadam. Inst. de act. Aretin. in §. sed ista, Inst. eod.* dicens hanc esse communem: adde Marant. *p.4. dist. 3. n.8.* ubi dicit hanc esse magis communem, *per auctores sibi alleg. adde Zas. ad d. §. quadam, nu.4. Menoch. adip. poss. rem. 1. q.4. nu.30. Diff. Dyn. in §. quadam, vers. qua ratione. Instit. de act. Bald. in l. hereditatis. 7. C. hic. Alex. & Castr. in rubr. si cert. pet. Sneid. in §. actionum, n.2. Inst. de act.*

III. He-

III.

Hereditas alia civilis, alia prætoria *a*: ex illa hereditatis petitio civilis sive directa competit *b*: ex hac prætoria sive possessoria *c*.

a) *Vult. 2. jurispr. 22. Wes. par. hic, nu. 3.* b) *l. 1. hic. Menoch. d. rem. 1. q. 4. n. 34.* c) sub qua & fideicommissariam ex SCto rectè post Joan. glossat. Bart. comprehendit, quatenus ex illo SCto actiones in fideicommissarium transeunt contra juris civilis regulam, *arg. t. t. de fideic. her. pet. vide Ias. in l. 1. num. 6. C. de inoff. test. Bar. in l. ult. d. tit. adde Oldend. class. 5. act. 6. & 7.* Sed quid est, quod *in d. l. 1. d. tit.* dicitur: eum qui suscepit restitutam hereditatem, posse uti fideicommissaria hereditatis petitione? Rectè Accurs. id explicat *ex l. restituta 37. & l. facta. 63. ad SC. Trebell.* unde apparet hereditatem non tantùm RE, sed & VERBO restitui, & res in bonis ejus fieri, cui hereditas etiam verbo restituta est, licet nondum fuerit nactus earum possessionem. *Bar. in d. l. ult. & d. l. 37. Diss. Bald. cons. 12. & cons. 13. vol. 3.*

IV.

Generatim verò hereditatis petitio est vindicatio *a*, qua successor defuncti *b* adversus eum utitur, qui pro herede vel pro possessore possidet *c*. Hæc licet olim stricti juris judiciis connumeraretur *d*, hodie tamen bonæ fidei effecta est *e*: quod non idem est in actione ex testamento *f*.

a) *Vult. d. lib. 2. jurispr. 22.* Quæ quomodo differat à rei vindicatione in specie dicta, *vide l. 1. pr. de R. V.* alii perperam tradunt differentiam, quòd is qui hanc actionem intendit, possessionem nondum adeptus est, *§. sequens divisio, vers. ideò autem Inst. de interd. ubi Wes. adde quadam ex Cujac. 10. obs. 1.* b) *l. 9. 11. & seqq. de pet. her.* ubi explicatur quid sit pro herede, vel pro possessore possidere. c) sive sit heres jure civili, sive bonorum possessor jure Prætorio, quæ differunt *arg. l. 10. de inoff. test.* Ergò qui bona fide & justo titulo rem possidet, nequaquam tenetur petitione hereditatis, *arg. l. 9. hic, l. 2. in fin. C. eod.* Quid de eo dicemus, qui titulum consecutus est ab eo, qui conveniri hac actione poterat, an contra eum dabitur hereditatis petitio? Siquidem hereditatis venditor non extet, vel modico pretio, aut lite pendente emerit, dari puto, *l. 5. l. 35. §. 1. hic. Ias. in §. actionum, n. 220. Inst. de act. Zuchard. ad l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll. nu 218. Covar. pract. quæst. 12. Fachin. 1. controv. 4. (Diss. allegati ibid.* d) cùm in centumvirali judicio agitaretur, *& arg. l. 5. §. fin. l. 7. hic. vide Cuj. 10. obs. 20.* facit quòd actiones reales omnes censentur stricti juris. e) *d. §. actionum, in fin. Inst. de act. l. ult. C. hic. adde Cujac. 9. obs. 27. & 17. obs. 4.* ubi ait constitutionum esse, bonæ fidei judicia facere, *idem 3. obs. 7. & in not. ad tit. Instit. de act. Wes. par. hic, n. 4.* Sed an hoc etiam verum de petitione hereditatis fideicommissaria, ut ejus natura *per d. l. ult.* immutata censeatur? Ita omnino: quia *in d. l. §. sin autem.* mentio fit petitoris fideicommissarii: & deinde *in §. 3.* generatim hereditatis petitio bonæ fidei constituitur. *Diss. Ias. ad d. §. actionum, ult. notab. n. 27. quem sequitur ibid. Io. Faber.* f) *Ias. ad d. §. actionum, notab. 2. l. 3. ubi addit ad Bart. C. in quib. caus. restit. non est nec.* In quibus verò conveniant, vel non conveniant hæ actiones, tractat Bart. *in l. si heres, de eo quod cert. loc.*

V.

Datur hæc actio ei, ad quem successio jure veteri vel novo pertinet *a*:

veteri ex testamento *b*, vel ab intestato *c*: novo ex Senatusconsultis Tertylliano scilicet & Orfitiano *d*.

a) *l.1.2.& 3 hic.Vult.d.c.22.l.2.de fideic.hered.pet.* b) *d.l.1.2.& 3 adde quæ notat Alc.in d.l.24.de V.S.* c) *d.l.2.l.lege obvenire,de V.S.* d) *t.1.Inst.& D.de SC.Tertyll.& tit.de SC.Orfit.*

VI.

Nec interest an ii, quibus hæc actio datur, jus illud habeant per se, an per alios *a*: cùm receptum sit & heredem heredis esse pro herede *b*. Ad instantiam tamen partis, si ejus intersit, poterit interrogare judex, an ex sua persona, an verò per interpositam personam velit succedere *c*.

a) *l.3.hic.Sneid.ad d.§.actionum,n.3.Bart.in d.l.3.* qui benè distinguit, quandoque hereditatē deferri ad nos directò, & tum tantùm unam esse causam proximam: quandoq; deferri per mediam personam, & tum esse & aliam causam remotam, ut nil impediat hoc casu nos dici ex duabus causis heredes. *Diss.gl.ibid.* b) *d.l.3.l.heredis.65.ubi Alc.& Gœdd.de V.S.l.fin.C.de hered.inst. Ias.in l.si quis filium,§.fin.col.2.vers.secundò,de adquir.her.Bellon.4.supput.16.n.2. Vasq.tom.3. de success.progress.§.3.nu.11. Alex.in l.3.§.ex pluribus,n.3.de adq.poss.* Et hinc communiter concludunt Dd. sustineri libellum, in quo quis petit hereditatem Titii, dicendo simpliciter se heredem Titii, cùm sit heres heredis Titii, *vide Ias. in fin. de hered. inst. Cagn. l.qui per successionem,n.7.de R.I.Tiraq.tr.de retract.conven.§.1.glos.6.nu.21.Grass.§.hereditas, q.10 per tot.* c) *facit text.in l.9.§.illud quæritur, ubi Bart. de interrog.in jur.fac. Ias. ad d.§.actionum,n.189.Sneid.ib.n.5.in fin.* Dico: si ejus intersit: nam aliâs non cogitur hoc dicere, ad quod Bart. allegat *l.2.C.de her.inst.& l.pen.de vulg.& pup.subst.*

VII.

Ex quo & illud probabile videtur, quòd parte non opponente heres non teneatur in libello exprimere, an ex testamento vel ab intestato hereditatem petat *a*. Cùm autem ex testamento se heredem dicit, tum probare hoc debet per ostensionem testamenti non vitiosi nec cancellati *b*: cùm ab intestato, tum debet exprimere & probare se proximum defuncti agnatum *c*.

a) *Bart.in d.l.3.hic,n.2.Ias.ad d.§.actionum,nu.191.Sneid.ibid. nu.12.* ubi tamen notat tutius esse, ut specificè exprimatur, ad evitandum exceptiones dilatorias contra generalitatem libelli, *vide Vant.tr.de nullit.tit.de nullit.ex defect.process. nu.26.* b) *l.fin.C.de edict.D.Hadr.toll.ubi Bart.nu.5.Sneid.d.loc.n.11.* Sed an heres institutus in re certa habebit beneficium illius *l.fin.* Accurs. putat quòd non: quia sit loco legatarii: nisi cùm alius heres non est institutus. Quam resolutionem Bart. *ibid.* rectè limitat, ut vera sit, quando alius heres universaliter institutus hereditatem jam adiit. Si enim nondum adiit, tum propter spem juri accrescendi heres etiam in certa re institutus sapit naturam heredis universalis: & id vulgò Dd. sequuntur, *vide Grass.d.§ q.8.* c) neq; sufficit, ut probet se esse cognatum, nisi etiam probet se gradu proximum, *arg.§.si plures,Inst.de legit.agnat.success.auth.post fratres,C.de legit.her.Sneid.d.n.11.*

8. Unde-

VIII.

Undecunq; sanè hereditatem quis petat, quia universalis est hæc actio, ideò res singulas hereditarias, quas persequitur, specificè exprimere non cogitur.

l.4.hic. ita in hoc judicio intelliguntur etiam comprehendi ea, quæ post libellum productum cœpit possidere reus, *Jas.d.loc.n.192. Zas.ibid.n.76. Sneid.ibid.n.56. Costal.ad l.quæsitum, de petul gl.in l.1.de edend.Bart.ibid.n.7.* conclusione tamen opus est, ut in reliquis libellis, qua petat actor se heredem declarari, *Jas.ibid.num.214.* Quid si non sit petitum actorem declarari heredem, vel jus hereditarium ad eum pertinere, sed duntaxat res hereditarias sibi ut heredi officio judicis restitui? Eo ipso tacitè petitum intelligitur, ut actor per sententiam declaretur heres, *Jas.num.214. & in §.omnium. Inst.de act. Bart.in l.& ex diverso, §.ubi autem, n.2.de R.V. Castr.in l.1.in fin.C.ubi in rem act. Bald. & Felin. in c. inter dilectos, de probat. idem Fel.in cap.2.de libell.oblat. Wesen.par.hic, num.12.*

IX.

Datur hæc actio etiam filio adversus patrem, si agatur de successione materna *a*: non vicissim patri pro usufructu in bonis adventitiis filiorum *b*. Sed finge: heres legitimus à testatore institutus ex testamento hereditatem petiit: testamentum illud ob aliquam causam irritum vel nullum factum est, an poterit ad hanc actionem recurrere, ut hereditatem petat ab intestato? Quod dicendum est, si vires testamenti ignoravit *c*.

a) vide casum *l.fi.hic. Wes.par. hic, n.8.* Sed quid est, quod ait *d.l.fin.in fine*: etsi non exciperetur, satis tamen patri per officium judicis consuli? Puto, etiam post sententiam in executione, ubi deductio impensarum adhuc fiet, non quidem ope exceptionis, sed officio judicis. *Bar.hic. Diss. Accurs.ibi vide plenè Cyn. Bal. & Dd.in l.1. C.unde legit. Alex.in add.ad Bart.in l.ex asse.ad Treb. Bal.in l.fi.q.18.C.de her. inst.* b) Ratio diversitatis inde sumitur: quia pater est simplex successor & singularis usufructuarius, filius autem reipsa est heres, ut rectè notat Bald. *in l.si pater. C.hic, oppos 3.* & post eum Jas *in l.si quis filiusf.in pr.de adq.her.* c) *l.8.ubi Bart.hic, arg.l.mater, 19.de inof.test.* ubi Irner. notat testamento rescisso per querelam præteriti, institutum vindicare non id tantùm in quo institutus est, sed eam partem totam, quam ab intestato erat habiturus. Et hanc opinionem Costal. ibid. rectè producit, ut habeat locum etsi institutus adiisset, *per tex.d l.19.vers.cæterum. Diss. Io.glossogr.ibi.* qui tantùm eam partem vindicari putat, in qua est institutus. Diss. aliter Accurs. distinguens an querela mota sit contra extraneum: & eum secuti vulgò Dd.

X.

Illud benè provisum est, si plures hac actione experiantur, & unus ex iis maturius ad sententiam perveniat, ut se mutuò in executione impedire nequeant, si possessori ab eo, qui primò obtinuit, cautio præstita fuerit.

l.57.hic, Bart.ibid.l.57.de R.V.ubi Cost. l.si quis servum, §.pen.de legat.2. Igitur si dum duo litigant, tertia persona transversim veniat ad judicium, non impedietur executio, nisi in continenti jus suum docere posset, *l.Titia.solut.matr.c.cum super.de re jud.* quod & in interdicto recuperandæ est verius: ut benè sensit Panorm. *in c. veniens.*

miens, 2. *de test probat Cost. in d.l.57. Diss. Innoc. ibid. vide plenè Pet. de Anchor. cons. 334. & Bart. in l. ita tamen, §. quoties, ad Trebell.*

XI.

Datur autem hæc actio, sive quis in solidum, sive pro certa parte tantùm sit heres *a*: illo casu totam hereditatem vindicat, licet adversarius unam tantùm rem etiam minimam possideat *b*: hoc casu partem sibi debitam, licet adversarius hereditatem possideat totam *c*.

a) *l.10. hic*: dummodò pars illa sit quota hereditatis, & non bonorum: illa continet jura activè & passivè, ut Dd. loquuntur: hoc est, is, cui relinquitur pars hereditatis, percipit pro sua parte commoda, simulq; pro eadem parte sentit gravamina hereditaria: hæc autem debetur sine omni onere, *l. si quis servum, § fin. l. seq. de leg.* 2. Unde duo ducuntur consectaria: I. legatario pro consequendo legato non dari hanc actionem: quia relicta est ei pars bonorum, non hereditatis: *notant Dd. in l. 1. de leg. 1. Sneid. d. loc. n.* 18. II. filio pro legitima hanc actionem dari, *de quo dixi disp. praec. th. 12. & probat Bald. in l. si quis. C. de inoff. test. n. 4. & in l. fi. C. de ed. D. Hadr. n. 83.* b) *d. l. 10.* Atqui de minimis Prætor non curat? Illud ajunt Dd. tum verum esse, quando quis de jure speciali contra jus commune vult restitui in integrum, ut tum non attendatur læsio in re valde parva, *per l. 4. de in integ. rest. l. 9. de dol. l. 54. de cont. emt. l. 3. 8. C. de resc. vend.* aliàs de jure regulari curatur de minimis, quod exemplo satis apto declarant Dd. post Acc. *in §. gallinarum. Inst. de rer. divis. Sneid. d. loc. n. 46.* cùm autem contra jus regulare venitur, & is contra quem restitutio petitur, rem ait esse minimam, id verò alter negat allegando suum interesse, judicis erit arbitrium ut id definiat. *Io. Plat. in d. § actionum, n. 78.* c) *l. 1. §. 1. & passim sub tit. si pars hered. pet.* ut ita totum illud ex jure suo, non possessoris, actorem metiri oporteat, *d. l. 10. §. 1. ubi Goth. hic. Wes. par. hic, n. 10.* Unde est, si quis hereditatem defuncti in solidum petat, & reus excipiat, actionem ipsi non competere, quia extent alii coheredes, quòd tali casu reus ab instantia meritò absolvendus sit; etiam tum, si superesset parum temporis ad excludendos coheredes, puta tempore præscriptionis jam ferè elapso, ut hunc casum in specie decidit Thesaur. *decis. 4. per tot. adde Cacheran. decis. 56.*

XII.

Tenetur autem hac actione *a* qui pro herede *b* vel possessore possidet *c*: quo respectu aliquando directa, aliquando utilis hæc actio appellatur.

a) *l. 9. & aliquot seqq. hic. Bart. in l. 7. C. eod. Sneid. d. loc. n. 19.* b) pro herede possidet, qui contendit se heredem vel justum successorem ejus, cujus hereditas petitur, cùm revera non sit. *Sichard. in l. 1. C. de inoff. test. nu. 2. Sneid. d. loc. nu. 18. & 19. Ang. ibi. n. 67.* c) pro possessore possidet, qui interrogatus nullam possessionis suæ causam reddere potest, qualis est prædo, *l. 11. in fi. l. 13. §. 1. hic.* & is qui vi dejecit, *l. 13. §. 2. quod met. caus.* Quid autem si titulo singulari & bona fide possideat? tenebitur rei vindicatione speciali, quod rectè Bart. probat *ex l. 2. in fi. C. eod.* Diss. variè Dd. quorum expositiones diversas post Acc. collegit Goth. ibid. Difficilem & malè declaratam illam l. ait Castr. *ibid. Vide & Vaud. 2. q. 24. & Duar. ad tit. de inoff. test. c. 10.* qui putat hoc casu dari utilem hereditatis petitionem, *arg. tit. de poss. hered. pet.*

XIII.

Unde generatim infertur, adversus omnes qui ex titulo invalido scienter res

ter res hereditarias possident, petitionem hanc dari *a*. Et quia heres præsentat personam defuncti *b*, etiamsi sit ex parte institutus *c*, quæritur: si defunctus alienavit rem heredis, ita ut de evictione non teneretur, an contra illud defuncti factum juri consentaneum heres venire possit rem suam vindicando? Quod negamus *d*: etiam eo casu quo filius heres ultra legitimam non est consecutus *e*.

a) *l.13.§.1.hic, ubi Bart.Sneid.d.loc n.29.* invalidus enim titulus pro nullo est: & idem dicendum est, si titulo putativo possideat. Etsi enim justus error instar tituli sit, quantum ad usucapionem: tamen non idem est, ut repellatur per eum is qui hereditatem petit, *gl.& Bart.in l.1.quor.bon.Ias.d.loc.n.199.Io.Plat.ibid.n.81.in fi.* In usucapione enim militat specialis favor, causa nempe legis inductiva, ut sit dominiorum certitudo. b) *l.cùm à matre, ubi plenè Dd. C.de R.V.* c) tum enim repræsentat pro ea parte, in qua est institutus, *arg.d.l.cum à matre, gl.in l.2.ad fi.de prat. stip.Pin.ad l.1.p.3.n.73.vers.eadem conclusio. C. de bon.mat. Ant.Gomes.2.var.resol.*10.n.3. quod & eò rectè extenditur, ut defunctus non possit unum heredem gravare, ut ipse solus solvat totum creditori, *Gomes.d.c.*10 *num.*4. quam sententiam communem, elegantem, & probabilem nominat Zas. *in l.avus, de pact.n.*10. eandem probat & limitat Grass. *d.§.hereditas, q.12.n.12.& seqq.* d) *l.1.in pr. de exc. rei vend. gloss.vulgò probata in d.l.cum à matre. Alex.Ias.ibid.Socin.in l.4.§.Cato.num.221.de V.O. Tiraq. de retract.lib.1.§.1.gl 9.n.47.Pin.ad d.l.1.p.5.n.79.* e) *per allegata Grass.d.q.12.n.22.Bald. in l.fin.§.in computatione. C.de jure delib. Natt. vol.1. cons.214.col.1.Phan.de Phanut.tr de inventario,p.5.n.76.Diss.Bart.in d.§ in computatione:* cujus opinionem reprobari ab omnibus testatur Pin. *d.l.1. p.3.n.83.* quam licet ibid. Pin. conetur per longum defendere, in effectu tamen à priore sententia non discedit, dum contendit, emtori dari regressum contra heredes pro suo interesse rei evictæ etiam in præjudicium legitimæ, *vide Grass.d.loc.*

XIV.

Obiter hic illud addimus, quoniam in possessione plerunque multum utilitatis versatur, contra occupatorem rei hereditariæ posse locum esse dispositioni l.fin.C.unde vi.

quæ olim fuit sententia Oldrad.& Alberic. de Rosat. *in d.l.ult.quam sequitur Cov. 3.var.resol.16.nu.*7.& eleganter defendit Menoch. *recup.poss.remed.*13 *q.*7.*nu.*37.& 44. *Diss.gl.& Bart.in d.l.ult.n.*10.*Azo in summa C. ibid.n.26.adde Cyn.in l.si nulla, de adquir. poss.vide etiam ad d.l.ult.selectas quasdam annotationes apud Cuj.19.obs.16.*

XV.

Porrò datur hæc actio etiam adversus debitores hereditatis *a*, licet in diem vel sub conditione debeant *b*, quatenus nimirum respectu illius debiti se heredes esse contendunt *c*. An verò possessor hereditatis res hereditarias alienans ad pretium vel ipsam rem teneatur, distinguendum est, an mala fide possideat, ut tum petitoris sit electio *d*.

a) *l.13.14.15.16.in pr.hic, vide Mar.in spec.p.4.dist.7.n.8.* b) *d.l.16.* item non differt sive ex delicto sive ex cōtractu debeant, *d.l.14.* c) *l si debitor, 42.hic.* Unde tamen

tamen non bene colligit Bart. posse litis contestationem fieri non tantùm per affirmationem aut negationem, sed etiam per dubitationem. Illud verum est, litis contestationem fieri affirmatè vel negatè, *arg. hujus l. & l. un. C. de lit. contest.* non tamen satis logicè loquuntur, qui affirmationem & negationem nominant partes litis contestationis: *vide Gœdd. ad l. 36. de V. S. n. ult.* d) *l. 20. §. 6. l. 22. ubi prolixè Dd. hic, Sneid d. loc. nu. 55.* Quid si res non possit recuperari? juratur contra eum in litem. Si non extat? tenetur ad verum pretium cum usuris, *l. 31. §. 1. eod Dissen. Ang. in d. §. actionum, Inst. de act. n. 68. vers. quæro quando possessor*: ubi aliter distinguit.

XVI.

Præterea datur hereditatis petitio contra eum qui dolo desiit possidere *a*: non verò contra titulo possidentem *b*, nisi sit in mala fide *c*: ut qui hereditatem integram post motam controversiam sciens emit *d*.

a) *l. 20. §. 6. hic, l. sin autem 27. §. sed & is qui. 3 de R. V.* ubi Bart. *n. 2.* rectè notat, petitionem hereditatis contra eum qui dolo possidere desiit, dari directam: rei vindicationem contra eundem dari utilem. Cur tam variè? An propter differentiam harum actionum, quam à natura habent? Non: sed propter qualitatem extrinsecus advenientem. Illud SCto expresè continetur *d. l. 20. §. 6.* hoc non item, sed venit per interpretationem extensivam, *adde gl. & Bart. in rub. de R. V. Diss. Dd. in l. curatoris, de negot. gest. & in l. 1. C. de alien. jud. mut. caus. fact.* b) quia agens petitione hereditatis allegat suum titulum: cùm igitur possessor & ipse justo titulo nititur, in pari causa melior censetur causa possidentis, *l. pro herede, hic. ubi Bart. n. 2. idem in l. hereditas. C. eod. n. 1. Wes. par. hic. n. 10. Dd. vulgò ib. Alex. cons. 73 n. 1. & 2. & cons. 184 vol. 1. Carol. Ruin. cons. 160. n. 1. vol. 5. Soci. jun. cons. 75. n. 7. vol. 1. Covarr. in pract. q. c. 12. n. 3. Diss. Bald. in l. fin. in 9. & 11. oppos. C. de edict. D. Hadr. toll. quem refellit Alex. dd. locis.* c) & ita irregulariter hoc fit, ut docet Bar. *in d. l. 2 C. hic, n. 2.* & id quomodo eveniat vide eundem *in l. 1. C. de inoff. test. n. 1.* quæ lex cùm teste Govean. *1. var. 5.* sit valde obscura, difficile est cum Bart. asserere, in ejus specie ab initio intentatam fuisse querelam, & ea obtenta contra fideicommissarium actum fuisse petitione hereditatis, *vide Gov. d. c. 5. & Goth. in not. ad d. l. 1.* d) *l. divus, 5. ubi Castr. hic, l. 2. C. eo. vide subtiliter Cuj. 9. obs. 25.* At is pro possessore non possidet, *ut vult Vlp. in l. 13. §. si quis sciens, hic.* Imò pro possessore possidet, ut vult Julian. *in l. 33. §. 1. de usucap. vide eleganter Cujac. 18. obser. 25.* ubi contra receptam Dd. sententiam ostendit, non simpliciter scientiam rei alienæ constituere aliquem in mala fide.

XVII.

Interdum hæc actio contra eos datur, qui revera nihil possident, ut qui se liti offerunt *a*. Generatim verò in heredes eorum, qui pro herede vel possessore possederunt, actio hæc intentari potest, nec interest bona vel mala fide possideant *b*.

a) *l. qui se liti, 45. hic.* requiritur tamen ut ab initio actor ignorârit hunc non possidere: aliâs enim deficeret unum ex requisitis in quibus fundatur actio, *vide gl. Bart. & Dd. in d. l. 45. Sneid. in d. §. actionum, nu. 37.* Cur igitur, inquis, tenetur? quia interest actoris non decipi, ne dolus ille sit impunitus, *facit l. nec ullam, 13. §. non solùm.* Et hæc ratio est ad rationem, quam post Bart. vulgò non satis aptè afferunt Dd. quia necesse habeat in lite cœpta persistere, *juxta auth. qui semel. C. quom. & quand. jud.*

b) *facit*

b) *facit d.l.13.§. Neratius.ubi Bart. Castr.& Dd.* Sed malè hîc exemplum ponunt, ubi hereditatis petitio detur contra titulo possidentem. Etsi enim hîc sit titulus pro herede, tamen initium respicitur ex persona patris, qui fuit in mala fide, & ex illius, non ex sua persona heres convenitur. non tanquam successor, sed tanquam possessor. Sed an Publiciana competit contra possidentem pro herede? *vide disp. seq. th.14. in fin.*

XVIII.

Veniunt in hanc actionem omnes res, non tantùm hereditariæ *a*, sed & non hereditariæ, quatenus periculo hereditatis obligantur *b*. An & feuda? quod sub distinctione affirmatur *c*. An & servitutes? quod omninò negatur *d*.

a) *l.4.l.si quo tempore, 45. hic. Cost. in d.l. quæsitum, de pecul.* sive jura sint, sive corpora, *l.18.§.fi.& ll.seqq. Menoch.adip.poss.remed.1.q.16.n.71.Wes.par.hic.n.11.* b) quales sunt res depositæ, pignori vel cōmodato datæ, quia harum periculum etiam ad heredem spectat, *l.19.& seq. hic.Vult.d.c.22.Wes.d.n.11.Schneid.ad d.§.actionum, nu.45.47.& 2.seqq. Bart.in l.& non tantum,19 hic.* c) *gl.in l.item veniunt.§.nunc videndum. verb sive hic.* si feudum sit hereditarium sive concessum pro heredibus, vide *c.un.*an apud judicem, vel cur, quod ex investitura colligendum est, ita Baldum *c.1.de feud.success.col.2.vers.vel dic.* intelligunt *Alex.cons.19.col.4.vol.5.& alii.Diss.Cyn. & Bar. in d.l.item videndum,* quia feudum non debetur jure hereditario, *vide Cost.in d.l.item videndum*: ubi tamen ait, Gallorum moribus feudalia instar reliqui patrimonii haberi.& ad id allegat Jo. Fab. *ad pr. Inst.de emt.vend.Guid.Pap.decis.59* Cum tota successio feudalis petitur, peti hac actione patet per multos quos alleg. Wes.*par.hic.nu.11. vide Sneid d loc.n.54.vide Rosenth.in synops.feud.c.7.n.23.*ubi amplius ait: extraneo possidente etiam heredem extraneum investitura non comprehensum hac actione feudum petere posse, modò se in defuncti possessione fundet, *arg.l.3.C.de edict.D.Hadr.toll.* d) *d.l. non tantùm, §.fin.ubi Dd.* qui omnes conveniunt in hujus dicti ratione: tum quia pro servitutibus aliæ actiones competunt: tum quia in illis restitui nihil potest.

XIX.

Circa impensarum rationem distinguitur, ut malæ fidei possessor necessarias deducat *a*: utiles verò & voluptuarias tollere non prohibeatur *b*, & doli exceptione nunquam utatur *c*: bonæ fidei possessor & necessarias & utiles deducat *d*, voluptuarias item tollat *e*.

a) *l.domum,5.C.de R.V.l.sumtus.48.eod.*ubi verba illa: exceptione doli posita per officium judicis: non continent inconnexum dicendi genus, *Ant.Fab.2.conject.1.Diss.Cujac.10.obs.1.adde l.33 de condict.indeb.&c.* b) *d.l.domum, d.l.sumtus.l.in fundo,38.vers.constituimus, de R.V.Ioan.Gars.tr.de expens.& melior.c.5.nu.9.cum seqq per l.idemq́, 10.§. idemq́ ait 10.mandat. l utiles 39.hic. Ant.Fab.d.c.1.Diss.Accurs.& eum secuti plerique Dd.in d.l.38.* quod in ædificiis feudalibus etiam verum est, non tantùm jure communi, *c.1.§ ex contrario, de invest.de re al.fact.c.si vasallus, hic finitur lex.* sed & jure Saxon. Landr. *lib.2.art.53. in princ.* Weichbild *art.62.juncto artic.67.ibi*: sie mögen wol sein Gebäw verkauffen. nec obstat Landr. *lib.2. art.21.* textus enim defectu laborat, ut apparet ex collatione *gl.ibid.n.3.* quæ ait: alle Dorffgebäw seind Erbe/es sey der Zinßman von Ritters art oder

V nicht/

nid. (*Coler. de process. exec. p. 2. c. 3. n. 301. & seqq. adde H. Pist. p. 1. q. 24. n. 96.* qui dubitativè loquitur: & in contrarium sæpè responsum ait. Et hodie extat ea de re constitutio Elect. *p. 3. constit. 31.* quæ differentiam juris Saxon. à jure civili errore (ut dixi) introductam confirmat, & indistinctè ac sine precii refusione ejusmodi ædificiorum impensas successori feudi adjudicat. c) *d. l. 39. §. 1. hic, l. 7. §. ex diverso, 12. vers. certè, de adq. dom. §. ex diverso. Inst. eod. l. Iulianus, 37. de R. V. Io. Gars. d. tract. c. 2. n. 3.* d) necessarias quidem per actionem, ut innuere videtur *l. domum. Gars. d. tr. c. 1. num. 24.* utiles per officium judicis, *d. l. 38. & l. seq. hic.* e) *d. l. in fundo, vers. constituimus, 3. §. 4. de in rem vers. l. 9. de impens. in res dotal. fact. Alc. in l. impensa, 79. de V. S. n. 9. Menoch. recup. poss. remed. 15. n. 53. Diss. Ant. Fab. d. c. 1. Gars. d. c. 1. n. 32. in fin. adde quæ scribit Cujac. 9. obs. 38. Gœdd. in l. 79. de V. S. Cujac. Borch. Wes. Myns. ad §. 31. Inst. de rer. div. Donell. 4. comm. 33. & vide infr. p. 2. disp. 20. th. 6. lit. B.*

DISPUTATIO XV.

De rei vindicatione, & publiciana in rem actione.

Respondente Joanne Rhem Francofurdiano ad Mœnum.

THESIS I.

REi vindicatio *a*, lege XII. tabularum introducta *b*, est vindicatio *c* rei corporalis *d* domino contra detinentem data *e*. Ea rectè in directam & utilem dividitur *f*: pessimè verò hinc dominium aliud directum, aliud utile constituitur *g*.

a) hoc est, proprietatis assertio, dicta à vindicando, hoc est, liberando & asserendo de jure & manu possessoris, *Cic. pro Mur. & 7. Epist. fam. 13. Agell. 20. noct. Attic. 9.* vide quæ eleganter scribit hac de re Brisson. *5. formul. pop. Rom pag. 418. & seq.* Et rectè (vindicatio) in libro Florent. malè vulgò (vendicatio.) Etenim vindicias apud Fest. & alios legimus semper: vendicias nunquam: *adde Olden. class. 3. act. 2. in pr. Cost. ad pr. hic.* b) *Agell. d. loc. Cujac. par. hic.* c) sumitur enim hæc vox generaliter & specialiter: *vide disp. prox. th. 4. in pr. idq; probat Briss. d. loc. ex l. 3. & 10. de pet. her.* ubi formula illa vindicationum sive actionum in rem propria, qua illæ à personalibus distinguuntur, petitioni hereditatis tribuitur: (intendere rem suam esse.) d) *arg. l. 1. §. 1. hic. Inst. de act. ubi Myns. n. 32. Wes. par. hic, n. 5. Azo in sum. C. hic, nu. 6. Sich. pr. C. hic, n. 4 in fi. Dissentire videtur Don. in d. §. 1. n. 18. & seqq. Bocer. in disp. hic, th. 3. in fi.* e) *t. t. D. & C. hic, l. 25. pr. de obl. & act. Vult. 2. Iurispr. 22. n. 21.* f) *arg. l. 23. in pr. hic.* ubi in rem actio dicitur competere ei, qui jure gentium aut civili dominium adquisivit: quod de directa actione intelligitur. Utilis autem aliis datur, ut th. 5. non respectu utilis dominii, quod nullum est, sed respectu effectus, cùm alioquin agere non possent, nisi ad exemplum dominorum illis pro jure suo asserendo actio accommodaretur, *confer l. 15. §. 27. damn. infect. l. 55. de don. int. vir. & uxor. l. 9. §. 2. de adq. her. dom. l. 16. §. fi. de pign. act. l. 3. §. 3. de op. nov. nunc. l. 10 si serv. vind. l. 8. C. hic, l. fin. C. de præscr. adde Cuja. 5. obs. 29.* g) quia jus, quo res nostra est, unum tantùm est: potest à re ipsa separari ejus usus, idemq; ei rursus consolidari, eoque respectu plenum vel minus plenum.

num dominium dici ab accidenti: in species verò dividi non potest, maximè post sublatas differentias inter jus bonitarium & Quiritarium, *vide tit. C. & ibi Cuj. par. de nudo jure Quirit. toll. vide l. 11. §. 4. de exc. rei jud. l. 1. §. 1. si ager vectig. l. 16. in fi. de pign. act. Cujac. 11. obs. 35. Duar. 1. disp. anniv. 17. Oldend. d. class. 3. act. 2. tit. cui & advers. quem. idem tract. de usucap. & prascr. in definitione & verbo dominii. Borch. de feud. c. 1. nu. 14. Vult. 1. disc. schol. 19. Diss. comm. Dd. Bart. in l. 39. §. 1. n. 4. idem in l. 17. §. 1. n. 6. ubi & Ang. Bart. reprehendens Castr. ib. Bald. in l. 20. C. de pact. Guid. Pap. decis. 552. n. 4. Goed. ad l. 27. de V. S. n. 18. Cost. ad l. 1 si ag. vect. Myns. ad rubr. Inst. de rer. divis. n. 15. Zas. ad tit. si ager vect. pet. Coras. 6. misc. 20. Rob. 3. sent. 18.* qui pro communi opinione frustra adducit *l. 12. C. de fun. patrim.* ex qua ille malè infert, emphyteutas dici dominos fundorũ emphyteuticorum: quod expressè negat *d. l. 1. si ag. vect. pet. vide Cuj. ad d. l. 12. & ad l. 19. C. de omn. agro desert.* de reliquis ibi adductis alio loco dicam.

II.

Directa igitur rei vindicatio soli & vero domino datur, qui jure gentium vel civili dominium sibi adquisivit *a*: etiam uxori de re dotali adversus extraneum constante matrimonio *b*: non ei, qui cùm oblati libelli tempore dominus esset, lite pendente dominium amisit *c*: at benè ei, qui demum post litem contestatam dominus est factus *d*: si duobus simul res vendita sive donata sit *e*, ei datur vindicatio, cui prius est tradita *f*, nec refert si alteri instrumentum sit traditum *g*.

a) *d. l. 23. pr. hic. l. fin. C. eod.* etsi ab eo abire speretur, *l. 66. hic. Wes. par. eod. num. 3. Zas. ibid. nu. 10. Azo in summ. C. eod. n. 2.* etiam heredibus, *arg. l. 42. hic, l. 12. §. fin. ad exhib. Azo d. loc. n. 28. Old. class. 3. act. 2. n. 6.* b) *l. 3. C. hic. Cuj. 10. obs. 32. Diss. Zas. hic. n. 13.* Multò verò magis datur marito, *l. 30. C. de jur. dot.* Uxori ideò, quia effectu considerato dotis domina est jure naturali, *Cujac. d. loc.* sive per anticipationem. *Alc. 2. parerg. 15. Diss. Azo in sum C. hic, n. 2. gl. & vulgò Dd. in d. l. 30.* Marito ideò, quia inspecto actu traditionis dominus est naturalis: *d. l. 30. §. per traditionem. Inst. de rer. div.* per quem ei jus constitutum est in re dotali ad onera matrimonii, re interim salva manente, & quia dissoluto matrimonio jus illud solvetur alienari prohibitâ, *Vult. 1. disc. 19. & 1. Iurispr. 20. nu. 29.* vide dissimiliter hac de re loquentes Hot. *tr. de dot. Const. Roger. tr. de dot. c. 13. Guid. ibid. c. 5. Vaud. 2. q. 5. Bocer. ad l. 23. de R. I. c. 4. n. 10. Zas. 2. sing. intell. 5. Pinel. l. 1. p. 3. n. 12. C. de bon. mat. dicetur plenè inf. p. 2. disp. 7. th. 6.* c) *Bart. in l. 14. §. actiones, de exc. rei jud. per l. 14. de condict. furt. l. 7. §. fin. ad exhib. Ias. in §. omnium. Inst. de act. num. 66.* d) si modò simpliciter se dominum petierit declarari: quod de æquitate canonica introductum scribit Bart. *d. loc. c. Abbate sanè, in fin. de re jud. in 6. sequitur Ias. d. loc. gl. in l. 9. de pign. act. Sneid. ad d. §. omnium, n. 65. Diss. Dyn. ad d. l. 14. de re jud.* e) ab uno vel duobus non dominis, *l. 9. §. 4. de publ. cui non obstat l. 14. qui pot. in pign. l. 31. in fin. de act. emt.* f) *l. 15. C. hic, l. 98. de R. I.* Quod etiam tum verum est, si prius vendita sit uni, neq; tradita, pòst vendita alteri & tradita, *l. 6. de her. vend.* vide tamen quomodo hoc notabiliter limitet Toming. *decis. 8. in fin. & notavi p. 2. disp. 19. th. 8. lit. A. in fin.* g) *d. l. 15. C. hic.* ubi vide eleganter annotata per Goth. *Diss. Cuj. 18. obs. 31. ubi paulò aliter d. l. interpretatur.*

III.

Probari autem duo in hac actione oportet, dominium ex parte acto-

ris *a*, & possessionem ex parte rei *b*. Illud ut probetur, in libello titulum dominii exprimi non opus est *c*. Hanc si reus neget, & mendacii convincatur, res ab eo auferetur *d*: quod non idem est, si falsum possessionis suæ titulum dixit *e*. Ex possessione autem dominium de præsenti non de præterito præsumitur *f*: ideoq; reus onus probandi ante actorem in se recipiens, etsi deficiat, non tamen condemnatur, antequam actor dominium suum probet *g*.

a) *l.2.de prob.l.23.C.eod.l.9.hic.* quod quia difficile est, rem petiturus videbit an interdicto aliquo nancisci possit possessionem, *l.24.hic.§.retinendæ, vers. commodum. & ibi Dd.Inst.de interd.* Quomodo dominium probetur *vide l.10.in fi.l.19.C hic, & ibi Sich. & Goth. Marant.p.4.dist.3.nu.50. & multis seqq. Myns.in d.§.omnium,nu.39. & seqq Sneid.d.loc.num.72. & seq. plenissimè post omnes Mascard. vol.1.de probat. concl.535. & multis seqq.* b) *d.§. omnium, d.l.9. hic.l.un. C. de al jud.mut.* adeò ut si alterutrum non probet actor, reus etiam nihil præstans absolvatur, *l. 4. C. de edend. l fin.C. hic.* c) neq; cautela Dd. videtur in jure fundari, qui ad id consultius putant titulum specialem in libello hujus actionis exprimi, ut si ex eo non obtineret, ad alium posset recurrere, ut rectè dicat Mud. *in d.§.omnium, in pr.num.29.* eam scrupulo non carere, *arg.d.c.Abbate sanè.* præsertim si dolo, ut plerunq; fit, adhibeatur, *l.43.de rec.arb.Diss.gl.in c.2.de lib.obl.Zas.in d.§. omnium,nu.18.Ias.nu.120. Myns.num.27. & seq. Sneid.n 111. vide & Bart. in d.l.14. de exc.rei jud.* d) *l.36.l.fin.hic,l.20.§.1.de interrog.Nov.18.c.10.Ias.in d.§ n.86.* e) *l.11.C.de pet.her.* unde rectè Cuj. 10. *obs.1.* elicit differentiam inter hereditatis petitionem & rei vindicationem. *Diss.Ias.d.lo.n.92.* f) *l.2 ubi Castr.C.de prob. Bart. & Sal.in l.12.C.eod.l.14.eod.Vasq.2.ill.controv.70.nu.18. & seqq.Diss.Placent.in d.l.12.* quem conciliare nititur distinctione duplici Bart. *ibi. num.14.* g) *arg.l.actor. ubi Cyn.in fin. C.de prob.gl. & Dd.in l.14.in fin.eod.Ias.d.§. omnium,n.111.Sneid.ibid.n.67.Sich.ad l.2.C.de prob.nu.2.adde Felin.in c.licet causam,vers. 10. & ult.de prob.*

IV.

Porrò datur hæc actio contra eum, qui rem nostram possidet *a*, vel saltem detinet *b*: non tamen contra sequestrum *c*: neq; sententia contra alieno nomine detinentem lata, domino in possessione præjudicat *d*: neq; à directa ad utilem de novo instituendam recurri opus est, si post litem contestatam reus dolo desiit possidere *e*.

a) *§.omnium, Inst.de act.* quiq; nullo jure nobis obligatus est: quæ verba per antithesin enunciantur, ut ostendant differentiam actionis personalis, quæ ab obligatione est, quæ personæ inhæret, ab actione reali, quæ à dominio, hoc est, jure in re est, ideoq; eam comitatur, *vide Hotom. Wes.Borch.ibid.Diss.variè Interpp.* decepti ambiguitate vocabuli (jure:) ut videre est apud Jas.Jo.Fabr.Zas.Mud.Myns.& alios *ibid.* Et hoc verum est, sive naturaliter, sive civiliter possideat, *l.3.§ fin.ad exhib.Zas. hic,n.15.Sneid.ad d.§.omnium,n.79. & 80.Diss.relati ab Azone in sum.C.hic,n.5* sive suo, sive alieno nomine, *d.§.1.in fi.l.9.hic.* hic tamen liberatur, si dominum nominet, *gl.in d.l.9.per l.2.C.ubi in rem act.* vel si is ultrò in judicio se offerat, *Ias.in d.§.10.n.110.* b) modò restituendi facultas ei sit, *d.l.9.hic.Zas.d.§.1.nu.15.Don.ibid.nu.21.Sneid.num.81.*

c) arg.

e) *arg c.1.verf.pralibatam quoq; ubi Gœdd. nu.* 115. *& seqq. de sequestr.poss.Coras.*3. *miscell.*2. quia restituere nequit, *arg.l.*21.27.§.1.*hic.Diss.varie Dd.quos refutat Gœdd d.loc.& num.*45.*& seqq.* d) *arg.l.fin.C.si per vim,t.t.C.quib.res jud.non noc tot.tit.C.res int.al.act.Bart.in l.*2.*C.ubi in rem act.num.*17.*Ias.d.*§.1. *num.*103. *nec obstat l.*3. §.10. *l.*44.§.2.*de adqu.poss.* e) *arg.l.*4.§.1.*de aq pluv.arc.ubi Bart.n.*3.*Ias.ad d.*§.1.*n.*82. *Diss.Io.Fab.ib.n.*16.

V.

Ad exemplum verò directæ actionis utilis vindicatio datur emphyteutæ *a*, vasallo *b*, superficiario *c*, & similibus *d*: item vero domino, adversus eum qui dolo vel lata culpa possidere desierit *e*, etiam ante litem contestatam *f*.

a) *textus expressus in l.* 1. §. 1.*si ag. vectig. pet.* ubi ait, hoc placuisse, ut in rem actio talibus detur, etsi domini non fiant, juris scilicet sibi in re constituti asserendi causa. b) *c. un.* §. *rei autem, de invest.de re alien. fact.* ubi ait: vasallum habere hanc potestatem, ut TANQUAM dominus possit rem feudalem à quolibet possidente QUASI vindicare, *vide Cujac. ibid. adde c.un.de controv.int.vas. & al. de benef.* c) *l.*73.§.1.*cum* 2.*ll.seqq.hic.* quæ sanè non est directa, sed utilis, *l.*16. *in fin.de pign.act.l.*1.§ 3.*de superfic.l.*3.§.3.*de nov oper.nunc.* idque hodie, *ut loquitur d. l.*16. & a Prætore, *ut in l.*74. *hic.* qui sic jus strictum vetus supplet propter utilitatem publicam, hoc est, ne ob defectum actionis jure suo defraudentur ii, quorum res non est propria, *l.*7.§.1.*de just. & jur.* d) ut conductori vectigalium, *l.*17.§.27.*de damn.inf.* imò cuilibet à Republ vel fisco etiam ad modicum tempus conducenti, ut eleganter probat, & hinc multa singularia contraria Dd. elicit Pin. *ad l.*1.*p.*3.*num.*67. *& seqq.C.de bon.mat.* Illi qui longo tempore præscripsit, directam dari verius est: eo enim ipso quod præscripsit, hoc est, longo usu sive possessione cepit, dominium sibi plenum acquisivit, §.1. *Instit.de usuc. Diss.Dyn. in l.*3. *de usucap.Ias.in l.*20.*C.de pact. Zas hic,nu.*11. *Azo in sum.C.hic,nu.*3. Porrò utilis & ei accommodatur, qui per simplicem cessionem vel aliquem contractum actionem in rem adquisivit, *l.fin. C. de her. vel act.vend.l.*9.*C.de pet.her.Old.d.class.*3.*act.*2. e) *l.*69.*hic,l.*131.*l.*150. *de R.I.cap. pro possessore.*36. *de R.I. in* 6 *ubi Peck. post Dyn.nu.*3 *adde l.*22.*&* 36. §.1.*hic,arg.l.*22.§.3.*ad Trebell.* f) *Wes par.hic,n.*4 *Mud.d.loc.n.*22.*Sneid.n.*87.*Vult.* 2 *jurispr.*22. *nu.*35. *facit textus in l.*27.§.*sed is,hic.Diss.Panor.in c.*1.*de alien.jud.mut.Zas.in d.*§.*n.*22.*Ias.n.*78. *Mynf.n.*23.*Peck.d.loc.n.*2.

VI.

Idem est, si judicialiter se possidere confessus est, litiq; se obtulit *a*, etsi non possideat, neq; dolo possidere desierit, modò actor id ignoret *b*. In heredes etiam datur, si possideant rem litigiosam, & restituendi habeant facultatem, aut lis cum defuncto sit contestata *c*. An & is qui mea pecunia suo nomine rem aliquam emit, rei illius emtæ respectu teneatur? quæri hîc solet. Quod omninò negamus *d*.

a) *l.*45.*de pet.her.l.*7.25.27.*in pr.hic,l penult.de dol. l. fin. si ususfr. pet.* b) *l.*26.*hic.Don ad d.*§.1 *nu.*11.*& seq.Old d.loc.Sneid.d.loc.num.*94.*& seqq.* c) *l.*42. §.*fin.ad exh. Azo in summ. C. num.*28. *& seq.l.*51.*l.*55.*& ibi Cest. hic. Old.d.loc. Mud in*

d.§.1.vers.aut cum eo,num.41.& seq. d) *l.6.8.C.hic,ubi Sich. & Goth.l.12.C.de jur.dot.l.21.C.de prob. Cujac. tr. 2. ad Afr. fol.22. & seqq.* Diversum tamen constituitur in milite, *d.l.8.ubi Sich.* quod jus non porrigitur ad advocatos, *ut voluit Sich.ibid.* neque ad minorem, *ut voluit A.Fab.5.conject.9.* qui hac in parte benè à communi schola recedit, *vide notata per Goth. & Sich. in d.l.8.* An idem in re dotali, vide eundem A.Fab. *d c.9. & Cujac.5.obs.29. Donell.5.comm.2. in fin.* qui contra alios indistinctè res ex dotali pecunia comparatas fieri dotales, atq; ita soluto matrimonio utili in rem actione ab uxore peti posse ait.

VII.

Quid si reus sine dolo possessione cecidit, aut si ei res fortuito casu interierit? Absolvendum puto, nisi mora ejus intercesserit *a*. Imò etiam eo casu, quo intercessit mora, non aliter ad præstandum pretium reus tenetur rei petitæ, quæ naturaliter interiit, nisi actor rem fuisset distracturus si accepisset *b*.

a) *l.14.§.1.depos.l.12.§.4.ad exhib.l.5.si cert.pet.l.40.de pet.her.l.15.§.fin.l.17.§.1.l.21.36.& pen. hic.* b) *per ll. allegatas*, quas ita conciliari commodè putamus *cum Cujac.tr.5.ad Afr.fol.213.& seqq.* vide etiam eundem *ad l.23.de V.O. Diss.Donell.ibi. Diss.aliter gl.& Dd.ad l.15.§.1.* quos sequi videtur Cost.*ibid.& in d.l 5.si cert.pet.* qui putant aliud esse in personalibus actionibus, aliud in realibus, ut in illis indistinctè periculum sit ejus qui moram fecit, & in his tum demum si res eodem modo apud agentem peritura non erat: vide etiam quæ pro hujus difficultatis solutione afferunt Peck.*in c.mora,nu.15. de R.I. in 6. Æm. Ferret. tr.de mora,in 4 effect.Hot.ill.q.30.* ubi rectè ab hac disputatione cum Dd. excipit furem & violentũ possessorem, ad quos, cùm in restituendo moram faciunt, semper rei interitus pertinet, *l.46.de furt.l.1.l.19. unde vi.adde Gœdd.in l.10.§.1.n.9.de V.S.*

VIII.

Veniunt in hanc actionem res omnes corporales *a* commercio hominum non exemtæ *b*, mobiles sive immobiles, animatæ sive inanimatæ *c*, non tantùm singulæ, sed & universitatis, ut grex *d*: non tamen tignum alienum ædibus junctum *e*, non peculium *f*, nec ager militibus assignatus *g*: at benè res præscripta *h*, sive usucapta *i*, licet contra eum agatur, qui ante præscriptionem dominus rei fuit *k*.

a) *d.§.1.Inst.de act.d.l.23.§.5.vers.at in his,hic. Azo nu.6.& 9. Sich.ad l.2.C.hic, nu.2.Diss.Don.in d.§.1.n.19.* b) *d.l.23 §.1.l.43.hic.facit §.nullius 7.Inst.de rer.divis.* nisi fortè res sacræ ab administratore rerum Ecclesiasticarum vindicentur, *l 21. C.de SS.Eccl.* vel, si liberi hac actione petantur, adijciatur causa, (ex lege Quiritium) *l.1.§.2. hic.* Unde obiter deduci potest, nullis aliis populis talem in liberos potestatem fuisse, qualis fuit Romanis, ut ea meritò à Just. adscribatur juri civili, *§.2.Instit. de patr.pot.* quod Conan.*in comment.jur.civ.* & Bodin. *in libris de Rep.* malè reprehenderunt. c) *l.1.§.1.hic.* d) *d.l.fin.cum ll.seqq.d.l.23.§.5. §. quod si frumentum,18.vers.sed nec.Inst.de rer.divis.§.grex.18.Inst.de legat.Azo n.8.VVes.par.n.5.* e) *de quo l.12.tab.* actio de tigno juncto in duplum dabatur: causa fuit ne ruinis deformaretur civitas. *confer l.23. §.6.hic,l.1.pr.de tign.junct.l.6.ad exhib.§.cum in suo.29.Instit. de rer.*

de rer.divis.ubi Cujac.in not.idem 23.obser.19.Fr.Balduin.ad l. XII. tab. c.12.Diss.VVes.in §.24.n.5. Inst. de rer.divis. vide etiam Ravard.ad leg.XII.tab.& vide inf p.2.disp.20.th.6. lit. A. f) *l. 56. hic. vide Donell. d.loc. num. 19.* & est de peculio actio singularis prodita, *argu.tot.tit.de pecul.* g) *l. 15. hic.* ex qua ut & ex *l.11.de evict.* malè Dd. inferunt, Principem sine justa causa res privatorum auferre posse: ut benè demonstrat Pin. *in pr.rubr.C.de resc.vend.c.2.n.1.vide Geil.2.obs.56.Mynſ.5.obs.97.Vasq.1.ill.controv.5.n.8.* h) *arg.l.un.C.de usuc.transf.Coras.6.misc.20. nu.3. & in l.4.de servit. n.14.Vasq.2.ill controv.34.Ferret.ad l.3.de usuc.n.21.Pin.in auth.nisi tricennale, p.1.n.36.de bon.mat.Diss.Dd.vide th.5.lit.D.* i) *l.1.§.1.de Pub.* k) *Vasq.d.loc.nu.11. Diss.Alex.in l.minor, §.si servus,de evict.Zas.hic, num.12. Balb. de praescript. in 2. part.3.pr. qu.2.num.7.*

IX.

Præterea notandum, quòd actor rem quam petit certis indiciis & circumstantiis designare teneatur, ut qualis quantaq; sit appareat *a*: locum quod attinet, vel apud judicem domicilii, vel eum sub quo res sita est, intendi hæc actio potest *b*, neq; distinguendum mobilis res an immobilis petatur *c*.

a) *l.6.hic,l.1.§.40.& seq.depos.l.76.hic.Zas.nu.10.hic. Azo nu.16. VVes.par.n.7. in fin.* Quod si in vocabulo erret, nihilominus rectè egisse videtur, *l.5.§.cum in rem, hic.ubi vide Costal.adde c.27.cum l.seq.de reb.dub.ubi Don.* b) *l.1.& l.fin.ubi glos. Bart.Castr.Sich.C.ubi in rem act.Host.in summ.de for.comp.num.5.c.ex parte 15.& ibi gloss. de for.comp.adde l.10.hic,l.un.C.ubi de hered. agat.l. fin. C. de praescr. long. temp.* Displicet hoc *VVes.in par.C.ubi in rem act. & d.t. C.ubi de hered.agat.* c) *arg.d.l.10.cum 2. seqq.hic,l.38.de judic.Salic.Sich.in d.l.fin.num.3.per c.fin.ubi Canonist. de for. comp. gloss. in d.c 15.eod.verb.in eadem.Dissent.dupliciter Dd.ut refert Socin.in c.santus,de for. comp. Bart. in d.l.fin.n.1.*

X.

Re taliter in judicium deducta, ejusdemq; dominio probato, judex reum ad restitutionem ejus cum omni causa, partu *a*, & fructibus *b* condemnat: quod si jussus nolit, aut dolo faciat quò minus restitui possit, ex officio manu militari rem aufert *c*, aut quantum adversarius in litem juraverit, etiam in infinitum, sine ulla moderatione, condemnat *d*.

a) *l. 13. ubi Costal. l.20. hic.* De ancillæ partu inter juris autores magna extitit contentio, an is in fructu computandus esset, ut vel ex Cic. 1. *de finib.* constat. Negantium opinionem Just. noster valere jussit, *§.in pecudum. Instit.de rer.divis.l.28.§.1. de usur.* quibus obstat *l. 14. de usur.* quam cum aliis conciliari non posse existimat Jo. Cop. *lib.1. de fructib. tit.1. c.3. vide Cujac. ad l.4. verb. si defuncti non fuerunt, de uscap. & aliter Coras.5.misc.8.in fin.* b) *l.17.§.1.hic,§.etsi in rem.Instit.de off.jud. VVesenb. par.hic,nu.8.Zas.nu.22.hic.* c) *l.68.hic,l.fin.C.eod.VVes. par. nu.9. Azo in summ. C.num.27.* d) *l.4.§ jurare,l.in actionibus,§.1. & 2.de in lit.jur. Coras.6.miscell.2.* quem sequitur Costal. qui rectè ait, hoc æquitatem habere propter dolum & contumaciam ejus, qui domino rem non restituit: & quia propter latam sententiam jam perdidit beneficium solvendi id quod interest, *ut post Bald. notat idem Cost. ibid*

& in

d.§.1.vers.aut cum eo,num.41.& seq. d) *l.6.8.C.hic,ubi Sich. & Goth.l.12.C.de jur.dot.l.21.C.de prob. Cujac.tr.2. ad Afr.fol.22. & seqq.* Diversum tamen constituitur in milite, *d.l.8.ubi Sich.* quod jus non porrigitur ad advocatos, *ut voluit Sich.ibid.* neque ad minorem, *ut voluit A.Fab.5.conject.9.* qui hac in parte benè à communi schola recedit, *vide notata per Goth. & Sich. in d.l.8.* An idem in re dotali, vide eundem A.Fab. *d.c.9. & Cujac.5.obs.29. Donell.5.comm.2. in fin.* qui contra alios indistinctè res ex dotali pecunia comparatas fieri dotales, atq; ita soluto matrimonio utili in rem actione ab uxore peti posse ait.

VII.

Quid si reus sine dolo possessione cecidit, aut si ei res fortuito casu interierit? Absolvendum puto, nisi mora ejus intercesserit *a*. Imò etiam eo casu, quo intercessit mora, non aliter ad præstandum pretium reus tenetur rei petitæ, quæ naturaliter interiit, nisi actor rem fuisset distracturus si accepisset *b*.

a) *l.14.§.1.depos.l.12.§.4.ad exhib.l.5.si cert.pet.l.40.de pet.her.l.15.§.fin.l.17.§.1.l.21.36.& pen. hic.* b) *per ll. allegatas*, quas ita conciliari commodè putamus *cum Cujac.tr.5.ad Afr.fol.213.& seqq.* vide etiam eundem *ad l.23.de V.O. Diss.Donell.ibi. Diss.aliter gl.& Dd.ad l.15.§.1.* quos sequi videtur Cost.*ibid.& in d.l.5.si cert.pet.* qui putant aliud esse in personalibus actionibus, aliud in realibus, ut in illis indistinctè periculum sit ejus qui moram fecit, & in his tum demum si res eodem modo apud agentem peritura non erat: vide etiam quæ pro hujus difficultatis solutione afferunt Peck.*in c.mora,nu.15. de R.I. in 6. Æm. Ferret. tr.de mora,in 4 effect.Hot.ill.q.30.* ubi rectè ab hac disputatione cum Dd. excipit furem & violentũ possessorem, ad quos, cùm in restituendo moram faciunt, semper rei interitus pertinet, *l.46.de furt.l.1.l.19. unde vi.adde Gœdd.in l.10.§.1.n.9.de V.S.*

VIII.

Veniunt in hanc actionem res omnes corporales *a* commercio hominum non exemtæ *b*, mobiles sive immobiles, animatæ sive inanimatæ *c*, non tantùm singulæ, sed & universitatis, ut grex *d*: non tamen tignum alienum ædibus junctum *e*, non peculium *f*, nec ager militibus assignatus *g*: at benè res præscripta *h*, sive usucapta *i*, licet contra eum agatur, qui ante præscriptionem dominus rei fuit *k*.

a) *d.§.1.Inst.de act.d.l.23.§.5.vers.at in his,hic. Azo nu.6.& 9. Sich.ad l.2.C.hic, nu.2.Diss.Don.in d.§.1.n.19.* b) *d.l.23.§.1.l.43.hic.facit §.nullius 7.Inst.de rer.divis.* nisi fortè res sacræ ab administratore rerum Ecclesiasticarum vindicentur, *l.22. C.de SS.Eccl.* vel, si liberi hac actione petantur, adijciatur causa, (ex lege Quiritium) *l.1.§.2. hic.* Unde obiter deduci potest, nullis aliis populis talem in liberos potestatem fuisse, qualis fuit Romanis, ut ea meritò à Just.adscribatur juri civili, *§.2.Instit. de patr.pot.* quod Conan.*in comment.jur.civ.* & Bodin. *in libris de Rep.* malè reprehenderunt. c) *l.1.§.1.hic.* d) *d.l.fin.cum ll.seqq.d.l.23.§.5.§. quod si frumentum,18.vers.sed nec.Inst.de rer.divis.§ grex.18.Inst.de legat.Azo n.8.VVes.par.n.5.* e) *de quo l.12.tab.* actio de tigno juncto in duplum dabatur: causa fuit ne ruinis deformaretur civitas. *confer l.23. §.6.hic,l.1.pr.de tign.junct.l.6.ad exhib.§.cum in suo.29.Instit. de rer,*

de rer.divis.ubi Cujac.in not.idem 23.obser.19.Fr.Balduin.ad l. XII. tab. c.12.Diff.VVes.in §.24.n.5. Inst. de rer.divis. vide etiam Ravard.ad leg.XII.tab.& vide inf p.2.disp.20.th.6. lit. A. f) *l. 56. hic. vide Donell. d.loc. num.* 19. & est de peculio actio singularis prodita, *argu.tot.tit.de pecul.* g) *l. 15. hic.* ex qua ut & ex *l.11.de evict.* malè Dd. inferunt, Principem sine justa causa res privatorum auferre posse: ut benè demonstrat Pin.*in pr.rubr.C.de resc.vend.c.2.n.1.vide Geil.2.obs.56.Myns.5.obs.97.Vasq.1.ill.controv.5.n.8.* h) *arg.l.un.C.de usuc.transf.Coras.6.misc.20. nu.3. & in l.4.de servit.n.14.Vasq.2.ill.controv.34.Ferret.ad l.3.de usuc.n.21.Pin.in auth.nisi tricennale, p.1.n.36.de bon.mat.Diff.Dd.vide th.5.lit.D.* i) *l.1.§.1.de Pub.* k) *Vasq.d.loc.nu.11. Diff.Alex.in l.minor, §.si servus,de evict.Zas.hic, num.12. Balb. de praescript.in 2. part.3.pr. qu.2.num.7.*

IX.

Praeterea notandum, quòd actor rem quam petit certis indiciis & circumstantiis designare teneatur, ut qualis quantaq; sit appareat *a*: locum quod attinet, vel apud judicem domicilii, vel eum sub quo res sita est, intendi haec actio potest *b*, neq; distinguendum mobilis res an immobilis petatur *c*.

a) *l.6.hic,l.1.§.40.& seq.depos.l.76.hic. Zas.nu.10.hic. Azo nu.16. VVes.par.n.7. in fin.* Quod si in vocabulo erret, nihilominus rectè egisse videtur, *l.5.§.cum in rem, hic.ubi vide Costal.adde c.27.cum l.seq.de reb.dub.ubi Don.* b) *l.1.& l.fin.ubi glos. Bart.Castr.Sich.C.ubi in rem act.Host.in summ.de for.comp.num.5.c.ex parte 15.& ibi gloss. de for.comp.adde l.10. hic,l.un.C.ubi de hered. agat.l. fin. C.de praescr. long. temp.* Displicet hoc *VVes.in par.C.ubi in rem act. & d.t. C.ubi de hered.agat.* c) *arg.d.l.10.cum 2. seqq.hic,l.38.de judic.Salic.Sich.in d.l.fin.num.3.per c.fin.ubi Canonist. de for. comp. gloss. in d.c 15.eod.verb.in eadem.Dissent.dupliciter Dd.ut refert Socin.in c.sanus,de for. comp. Bart. in d.l.fin.n.1.*

X.

Re taliter in judicium deducta, ejusdemq; dominio probato, judex reum ad restitutionem ejus cum omni causa, partu *a*, & fructibus *b* condemnat: quod si jussus nolit, aut dolo faciat quò minus restitui possit, ex officio manu militari rem aufert *c*, aut quantum adversarius in litem juraverit, etiam in infinitum, sine ulla moderatione, condemnat *d*.

a) *l. 13. ubi Costal. l.20. hic.* De ancillae partu inter juris autores magna extitit contentio, an is in fructu computandus esset, ut vel ex Cic. 1.*de finib.* constat. Negantium opinionem Just. noster valere jussit, *§.in pecudum. Instit. de rer. divis.l.28.§.1. de usur.* quibus obstat *l. 14. de usur.* quam cum aliis conciliari non posse existimat Jo. Cop.*lib.1. de fructib. tit.1. c.3. vide Cujac. ad l.4. verb. si defuncti non fuerunt. de uscap. & aliter Coras.5.misc.8.in fin.* b) *l.17.§.1.hic,§.et si in rem. Instit. de off.jud. VVesenb. par.hic,nu.8.Zas.nu.22.hic.* c) *l.68.hic,l.fin.C.eod.VVes. par. nu.9. Azo in summ. C.num.27.* d) *l.4.§ jurare,l.in actionibus,§.1. & 2.de in lit.jur. Coras.6.miscell.2.* quem sequitur Costal. qui rectè ait, hoc aequitatem habere propter dolum & contumaciam ejus, qui domino rem non restituit: & quia propter latam sententiam jam perdidit beneficium solvendi id quod interest, *ut post Bald. notat idem Cost. ibid & in*

& in l.20. de pet. hered. Diſſen. gloſ. & Dd. in d.l. 68. hic. putantes adhuc poſt juramentum ſalvum eſſe judici moderamen. Hìc tamen notandum, ſi quis expenſas in rem alienam bona fide fecitſet, quòd eam retinere poſſit, donec ſibi ſatisfiat: adeò, ut fatuus dicatur, qui rem poſſidet, ſi eam reſtituat ante receptas expenſas, *l. ſi non ſortem, §. centum, ubi Iaſ. l. ſi in area, in fin. de condict. indeb. ibiq; Caſtr. adde Neguz. tr. de pign. 5.p.3. membr. pr. nu.9. Menoch. remed.15. recup poſſeſſ. nu.499. & ſeqq. remiſſivè Dan. Moller. 1. ſemeſtr.30.*

XI.

Ad fructus quod attinet, malæfidei poſſeſſor omnes omninò *a* ſine diſtinctione *b* reſtituit, ita ut in percipiendis relatio ad petitorem fiat *c*: bonæ fidei poſſeſſor non niſi extantes *d* reſtituit: unde conſequens eſt perceptos & conſumtos tam naturales *e* quàm induſtriales *f* ipſius fieri, niſi inde locupletior factus ſit *g*.

a) *l.62. §. hic, l.19. §. 20. quæ in fraud. cred.* b) ut non attendatur an locupletior factus ſit necné, *vide §. etſi hereditas, Inſtit. de off jud. l. 33.62. hic, l.25. §. quod autem, l.40. §. prædo, l.52. de pet. her. l.5.22. C. hic.* ſive titulum habeat ſive non, *dd. ll. Hoto. tr. de uſur. c. de fructibus. Vult. 1. diſcept. ſchol.20.10. Copus de fruct. lib.2. tit.4. c.2. Diſſ gloſſ. & vulgò Dd. in l.35. hic, vide Old. d. claſſ. 3. act. 2. Sich. in d l.5. C. hic.* c) *d. l. 62. hic, l.39. §. fructus. 1. de legat. 1. l.4. C. unde vi, c. gravis, de reſt ſpol. Menoch rem.1. recup. poſſ. num. 414. & ſeqq. Diſſ. Bar. in d.l.35. hic, nu.4.* (jam olim reprehenſus à Raph. Cum. *in d.l.39. §.1. de legat. 1.*) *Sich. in d.l.5. C. hic, nu.4. Coſt. ad l.65. §. frumento. 6. de cond. indeb.* d) An naturales tantùm? *Ita putat Don 4. com.25. & ſeq & tr. de fructibus, c. 4.* ideoq; induſtriales adhuc extantes ei relinquendos putat: Difficultatem ortam exiſtimat ex ambiguitate vocis (extantes) quæ interdum ſignificat nondum dejectos, *ut l 22. C. hic, l.27. pr. de uſufr.* alibi nondum conſumtos: quam ſententiam refutat Nic. Ciſn. *ad l.4. de uſucap. pag. (mihi) 90. & ſeq. Fach. 1. controv.57.* Verior igitur eorum ſententia, qui etiam induſtriales eo tempore extantes, quo bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit, reſtituendos putant, *A. Fab. 4. conj.17. Vult. 1. diſcept.20. vide inf p 2. diſput.20. th.5. lit. K.* e) *l.25. §.1. l.28. de uſur. l.48. de adqu. dom. l.4. §.19. de uſuc. Weſ. ad § ſi quis à non domino, nu.10. Ant. Fab. d. c.17. Vult. d. c.20. Diſſ. vulgò Dd. per l 45. de uſur.* f) *d.l.48. gloſſ. in l.35. hic. Fach. d. c.57. Diſſ. relati ibid.* g) quæ ſanè æquior ſententia eſt, *per ll. alleg inf. d. diſp.20. th.5. lit. K. & ita vulgò Dd. quos ſequitur Covar. 1. var. reſol. 3. nu.6. Diſſ. allegati à Pinel. ad l.2. C. de reſc. vend. p.2. c.4. nu.47. Covar. d. loc. adde Menoch. rem.15. recup. poſſ. nu.99. per l.4. §.2. fin. reg. arg. l.22. C. hic. adde Weſ. ad §.36. Inſt. de rer. div. n.14. Fach. 1. controv.58.*

XII.

Litis conteſtatione quia malæfidei poſſeſſor fit *a*, æquè ac ſcientiâ *b*, poſt eam reſtituet univerſos *c*. Sed duo hìc dubia occurrunt: an heres malæfidei poſſeſſoris ignarus, damnari & ipſe ut malæfidei poſſeſſor debeat? quod putamus *d*: Homine, qui petebatur, mortuo, quomodo fructuum ratio habenda ſit? in quo diſtinguimus *e*.

a) *l.91. § fin. de leg. 1. d.l.22. C. hic. Vult. d. c.20. Cuj. tr.7. ad Afric. fol.328.* b) *l.23. §.1. l.48. §.1. de adqu. dom. Diſſ. Baro ad §. ſi quis à non domino. Inſtit. de rer. div.* negans hos

hos textus posse conciliari, *vide Menoch.rem.15.recup.poss.num.615.* c) *d.l.62.* *§.fin.hic,vide Covar.1.var.resol.c.3.num.7.Cop.2.de fruct.t.4.c.3.adde l.33.§.1.de usuc.l.10.* *C.de adquir.poss.l.38.de jur.fisc.l.25.§.7.de pet.her.l.3.C.de condict.ex leg.§.2. Inst. de off.jud.* *juncta l.1.C.de praescript.long.temp.* unde satis evinci potest, fructus actori deberi etiam ex die litis contestatae in eo judicio, cujus instantia peremta est, si novo judicio inchoato rem evicerit, *Bart.in l.2. C.de fruct. Menoch.d.remed.15. num.596. Fachin. 1. controv.60. Diss.Rip in l.2.C.de edend.n.28.Ant.Valla tract. de reb.dub. q.15.* d) *arg.* *l.11.C.de adqu.possess.ubi vulgò Dd. Menoch.d.remed.15.rec.poss.num.618. Diss. Copus d. loc.* *arg l.48.§.1.de adq.dom.* ad cujus argumenta respondet Fachin.1.*controv.56.* e) aut dolo vel culpa possessoris interveniente mortuus est: quo casu fructuum ratio haberi debet, quousque haberetur, si mortuus non fuisset, *l.33.hic.* aut absq; dolo vel culpa possessoris: quo casu ratio habenda duntaxat, quoad vixit, *l. penult. hic.* vide acutè differentem Anton. Fab. 2.*conject.* 6. *Dissent.gloss.& Dd.in d.l.penult.* ubi distinguunt inter praedonem & bonaefidei possessorem: quod ideò ferri nequit, quia *d.l. penult.* loquitur post litem contestatam, qua omnes in mala fide constituuntur, ut modò dicebatur. *Diss.aliter Cujac.9.observ.34.ubi in d.l.33.* pro (si dolo) emendat (si sine dolo) contra librorum omnium autoritatem, & manifestam juris rationem, *ut docet Ant.Fab.d.loc.*

XIII.

Sequitur Publiciana, quae est Praetoria sive utilis rei vindicatio, & datur amissa possessione ei, qui à non-domino *a* rem traditam ex justa causa *b* adquirendi dominii bona fide *c* accepit, nec dum usucepit *d*. Pretium an solutum sit non interest *e*. Illud summam aequitatem habet, quòd haec actio etiam ei datur, qui ignoranter à minore *f* vel furioso *g* emit.

a) *l.1.& tot.tit.hic,l.18.de pignor.§.sed ista,Inst.de act.ubi Io.Fab.nu.7.Ant.Vsill.* *in §.alia autem.eod.n.82.& seqq. Diss.Ias.in d.§.sed ista,n.59.Sneid.n.24.Zas.nu.8. Myns.in* *§.namq; si cui,Inst.de act.n.37.Mud.ibid.nu.24.& seqq.* cumulari tamen rei vindicationem cum Publiciana videmus: quod non tam a jure (illud enim cumulationem actionũ quam Dd.introduxerunt, planè ignorat, ut eruditè docet Georg.Obrecht. disput.de concursu actionum) quàm consuetudine introductum est. *Geil.1.obser.62.* *n.5.Modest.Pistor.cons.27.n.18.& seqq. Wesenb.in add.ad Sneid.§.sed ista.n.25.* b) puta contractu ad transferendum dominium habili, §. *namq; 4. Instit. de act.* nec distinguo verus an putativus, onerosus an lucrosus sit titulus, *l.7.§.2.& 3.l.9.§.4. hic.* *Dd.in d.§.sed ista. Diss.Ant.Vsill.in d.§.alia autem, num.23.* Traditionem autem in tantum requirimus, ut ne quidem Ecclesiam putemus hoc privilegio uti, ut non facta traditione ei Publiciana competat, *facit l.7.in fin.hic.Ias.in l.23.C.de SS.Eccles.Diss.relati ibid.* c) quam jure civili satis est ab initio intervenisse, *l. un. C. de usuc.* *transf.l.44.§.1.& 2.de usuc.* de jure autem Canonico ea continuata requiritur, *c.fin.de praescr.* Mala verò fides tradentis non nocet accipienti titulo & bona fide, *l.7.§.11.hic.* *Ias.in d.§.sed ista,num.78.Sneid.ib. num.40.& seqq.* d) *d. l.1. hic, ubi Cujac.par.* *Vult.2.jurispr.23.num.1.* e) quia de eo Praetor nihil exprimit, *l.8. hic. Mud.d.* *§.namq;,nu.44.& seqq.Diss.Io.Fab.in d. §.sed ista,n.17.* f) *l.7.§.4.hic.* g) *l.7.§.2.hic,l.2.§.16.pro emt.Donell.ad d.§.namq;,nu.6. Robert. 2.recept.10. Diss.Cujac.in d.* *l.2.& 6.obs.29.in fin.*

XIV.

Qui dominium sine traditione accepit, amissa possessione, ex autoris sui persona eam intentat *a*. Datur autem adversus quemcunq; possessorem vel detentorem, cui modò facultas sit restituendi *b*, etiam contra eum qui pro herede possidet *c*.

a) *l.12.§.1.hic.Ias.in d.§.sed ista,n.75.Zas.ibi.n.12.Mud.ibi.n.19.* b) *l.7.§.3.l.12.pr.hic,l.1.de exc.rei vend.* quod idem est, si dolo desierit possidere, vel liti temerè se obtulerit, *d.l.7.§.8.hic.* vero tamen domino excepto, *ut dixi th.praced.facit l.pen. & ult.hic.* c) *Ias.in d.§.sed ista,n.21.Sneid.ibi.n.32.Ant.Vsil.n.24.cum seq.Olden. class.3.act.3.q.4.n.6.Diss.Zas.in d.§.sed ista,n.26.*

XV.

Veniunt in hanc actionem res omnes corporales & incorporales, mobiles & immobiles *a*, non tamen furtivæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, &c. quæ usucapi nequeunt *b*. Partus ancillæ furtivæ ita hac actione peti potest, si tempore conceptionis & editionis ignoravit bonæfidei possessor ancillam esse furtivam: secus fuerit, si apud furem ejúsve heredem conceptus, apud bonæfidei possessorem editus sit *c*: non tamen idem prorsus in fœtu animalium statuimus *d*.

a) *l.9.11.§.1.hic.* b) partim quod commercio humano exemtæ, partim quòd mala fides usucapionem non fundat, *d.l.9.§.5.* c) *l.11.§.2.& seqq. hic,l.47.§.5.de furt.l.33.pr.de usucap.l.3. C.de usucap. pro emt. Cujac. ad l.4.de usuc.* ubi rectè *in d.l.11.§.3.* docet legendum esse (tempore quo pariat) pro eo quod vulgò legunt (tempore quo experiar.) *Diss.Robert.1.recept.6.* d) *l.48.§.fin.de adq.dom.Goth. in not ad d.l.48.§.5.de furt.Cujac.ad d.l.4.Diss.Rob d.c.6.* cui benè respondet Cujac.15. *obs.*20.vide plenè sed paulò aliter Gœdd. *in l.26.de V.S.*

DISPUTATIO XVI.

De Usufructu.

Respondente Joanne à Linsingen, Hasso.

THESIS I.

Ususfructus est servitus personalis *a*, re aliena *b* utendi fruendi *c*. Hic itaq; non pro dominio aut ejus parte accipitur *d*, sicut nec reipsa fundi pars est *e*: licet interdum instar partis sit *f* propter emolumentum inde redundans *g*.

a) *pr.Instit hic,l.1.eod.* quòd personalis sit, eleganter probat *l.32.eod.* Servitus dico, idq; adhibito genere propiore, nec ambiguo. *Vult.1.jurispr.63,num.16.Diss. Hot.in Lexic.verb.ususfructus.* Est autem servitus in genere jus in re alii constitutum, jus domini minuens, alterius augendi causa, ut cogatur dominus aut quid non facere in suo, aut alterum facientem pati, quatenus commoda utentis requirunt. *§.1. Instit.de reb.corp.& incorp.l.86.de V.S.ubi Gœdd.l.15.§.fin.de servit.l.26.de servit.urb.l.5.si ususfr.*

usufr.pet.vide Cujac.9.obs.37. ubi reprehendit Forn. *2.sel.28.* qui putat servitutem definiri *in d.l.86.adde Don.9.comm.21. Con. 4.com.12.* Ea servitus privativè dominio opposita, & per translationem à conditione servorum dicta, suam quoq; itidem translatè dictam vindicationem habet, *arg tot.tit.si serv.vind.d.l.5.§.fin.si usufr.pet. Donell. d.c.21.Vult.1.jurispr.63.Cujac.5.obs.29.Gœdd. in l.27. de V.S.* & personalis est vel realis: personalis non nisi tum, cùm natura servitutis non prædii, sed personæ commoditates respicit: ut ususfructus *d.l.32.* vel cùm aperta conventio ostendit jus personæ, non rei quæsitum esse, *Vult.d.loc.Don.9.comm.22.l.14.§.fin.de alim leg l.12. de ann.leg.* b) res enim sua nemini servit, *l.5.si usufr.pet.l.26.de serv.urb.Vult.d.loc.num.41.* Rectè igitur ab hoc tractatu removetur distinctio Dd. qui usumfructum alium formalem faciunt, alium causalem, *glos.in verb.jus, ubi & Ang.Fab.Dd.in pr.hic.Bart.in l.13.§.si id quod,n.2.de accept.Gomes.2.var.resol.15.nu.2.& 3.* ubi Soar. *in addit.* distinctionem hanc communiter approbatam ait: sequitur Wes. *par.ibi.n.4. Sneid. pr.Inst.hic, nu.4. Maran.in repetit.l.is qui potest, n.212.de adquir. hered.* eamq; defendit Pinel. *in l.1. p.2.n.9.10.C.de bon.mater.* Impugnant eandem omninò Coras. *5.misc.3. Duar. in l.126. de V.O.Conan.4.comm.3.& alii.* conciliationem vide apud Wesenb. *d.loc.Cujac in l.58. de V.O.* ubi rectè ait, omnes locos qui negant usumfructum fundi partem esse, accipi debere de usufructu nudo, qui noster est jure servitutis: vicissim qui affirmant, accipi debere de usufructu pleno, qui noster est jure dominii, imò qui est ipsum plenum rei dominium, vel saltem quiddam ei immediatè cohærens. c) *d.l.1. hic,d.l.5.si usufr.pet.Cœpol.de serv.c.4.n.2.Con.4.comm.3.Gomes.d.loc.* d) *Cujac. d. loc. & ad l.27.§.item si pactus, de pact.* quamvis interdum partis loco habeatur ob emolumentum, quod fructuarius inde percipere solet, *l.4.33.§.fin.eod.l.66.§.fin.de leg. 2.l.25.de V.S.ubi Dd.adde Hotom.3.obser.22.Donell.10.comm.2.* Unde rursus dominium utile, quod Dd. confinxerunt, convellitur: de quo dixi *disp.præced.th.1.lit.G.* e) sed jus & servitus, *l.66.§.6.de leg.2.l.25.ubi Alciat. & Gœdd. de V.S.l.70.§.2.de fidejuss.l. 13.§.2. de accept.* Servitus illa fundi est qualitas: & proinde non pars substantiæ. f) *d.l.66.§.6.d.l.70.§.2.adde l.76.§.2.de legat.2.l.3.in fin.de usufr.adcresc.l.6.de usufr. ear.rer.* legum quæ adversari videntur dissolutionem accuratam vide apud Cujac. *d. l.27.pag.mihi 55.* g) unde in multis casibus ususfructus pars dominii dicitur *in l.4.hic.* non absolutè, sed relatè, & secundùm quid. cui non obstat *l.33.§.1.eod. Diss. Dd.Bar. & alii in d.l.4.* qui partem dominii hîc accipiunt pro specie, nempe pro dominio utili. *vide plenè Bart.in d.l.58.de V.O.*

II.

Constituitur ususfructus à lege, judice, domino. A lege; ut patri in bonis adventitiis filiifam. *a*, non tamen in feudo *b*, & in bonis liberorum emancipatorum pro dimidia *c*: item matri ad secunda vota transeunti in bonis à patre profectis, quæ ex successione filii prioris matrimonii habuit *d*: item usucapione *e*. A judice in judiciis divisoriis *f*. A domino aut contractibus inter vivos, aut ultimis voluntatibus *g*. Et hæc intelligimus de usufructu vero *h*: secus est in quasi usufructu *i*, qui tantùm ultima voluntate constituitur *k*.

a) *l.1.2 6.pr C.de bon.quæ lib.pr.Instit per quas pers.nob.adq. ubi Dd.adde Donell. 9.comm.5.Fr.de Cald.in l.3.C.de restit.in integr. verb.læsis, num.120.* auferri tamen patri

per avum hic usufructus potest, *auth. excipitur, C. de bon. quæ lib.* non tantùm expressè, sed etiam tacitè, *Boër. decis. 193. Dan. Moller. 2. semestr. 26.* b) maximè si feudum occasione militiæ datum fuerit: *confer Ysern. cap. 1. num. 13. qui feud. dar. poss. Roland. à Vall. cons. 71. nu. 65. vol. 2. Belvis. Alvarot. Præpos. in c. un. §. si duo, de duobus fratrib. de nov. ben. invest. Wesenb. c. 5. nu. 4. Schneid. p. 3. n. 98. & novissimè Borcholt. c. 5. nu. 48. Diss. Bald. ad d. l. 6. C. de bon. quæ lib. Curt. jun. p. 3. num. 46. Sonsbec. p. 7. num. 9.* c) *§. hoc quoque, Inst. per quas pers. nob. adquir. d. l. 6. §. 3.* d) *Nov. 22. c. 46. §. 2.* & hæc etiam una est ex pœnis secundarum nuptiarum, ut notat *ibid. Cujac. & post eum Gothofr.* quod ne quidem jure Can. mutatum est, *vide c. ult. de sec. nupt. confer Donell. 16. com. 3. Geil. 2. obs. 98. Coras. 3. misc. 1. Covar. epit. de sponsal. p. 2. c. 3. §. 9. n. 5. & seqq. adde sup. disp. 8. th. 5. lit. B.* e) *per ea quæ not. disp. seq. th. 8.* f) familiæ erciscundæ, communi dividundo, cùm alteri fructus, alteri proprietas assignatur, *l. 6. §. 1. hic, l. 16. §. 1. fam. ercisc. l. 6. §. 10. comm. divid.* g) *§. 1. Inst. hic, l. 3. princ. eod. l. 120. de verb. signif.* Superficiarius verò, emphyteuta, vasallus, non directò, sed Prætoris tuitione usumfruct. constituunt, *l. 1. quib. mod. ususfr. l. 9. §. 1. ususfr. quem. cav. l. 1. § fin. de superf. Donell. 10. comm. 3. Clar. § emphyteusis, q. 21. & § feudum, q. 37. Borch. tr. feud. c. 8. nu. 63. & seq. Rosenth. synops. feud. c. 9. concl. 12. & §. seq.* h) qui definitur *in pr. Inst. hic, & l. 1. eod.* in quo substantia debet manere salva: quod in usufructu generatim considerato non nisi valde impropriè dici potest. i) qui non natura, sed jure est in rebus corporalibus quæ usu consumuntur, *l. 3. §. 1. l. 7. hic, l. penult. & tot. tit. de usufr. ear. rer. Ulp. fragm. tit. 24. §. ususfructus.* k) *d. t. t. de usufr. ear. rer. l. 69. ad leg. Falc. Conan. 4. comm. 4. n. 2. Donell. 10. comm. 4.*

III.

Usufructu ultima voluntate constituto traditione vel patientia opus non est *a*: secus in constituto inter vivos *b*. Dies verò legati ususfructus cedit ab adita hereditate tandem: si ex die legatus sit *c*, dies non cedit nisi cum & venit *d*. Potest autem constitui ususfructus in rebus omnibus fruitioni accommodatis *e*, immobilibus & mobilibus *f*, parte bonorum *g*, vel bonis omnibus *h*: purè vel sub conditione *i*, pro parte indivisa vel divisa *k*.

a) quia legatum ipso jure ignoranti etiam legatario cedit, *l. 19. §. 1. quem. serv. amitt. l. 86. §. 2. de legat. 2. l. 64. in fin. de furt. Azo ad tit. si ususfruct. pet.* quod de actionibus personalibus intelligunt alii, quia dominium ignoranti non adquiratur, *l. 16. §. 1. ubi Cujac. Gothofr. de test.* Illud certum est, ususfructus legati ne quidem personalem actionem, multò minus dominium quæri ante præstitam cautionem, *l. 13. pr. hic. Donell. d. c. 4. dicetur infra th. 5.* b) ubi in re corporali traditio requiritur, in incorporali patientia pro traditione est, *arg. l. 1. de serv. rust. Cæpol. de serv. urb. c. 17. in fin. d. l. 3. hic.* c) *l. un. quando dies ususfr. leg. ced.* facit quod ususfructus esse non intelligitur, nisi sit qui utifrui patiatur, *d. l. 3. Wesenb. par. ibi.* Secus est in aliis legatis, *l. 1. §. in novissimo, C. de cad. toll.* d) *d. l. un. §. 2. & seq. Wesenb. par. ibid. adde l. 2. quand. dies leg. ubi vide not. Goth.* e) *§. constituitur, Instit. hic, ubi plenè Dd.* intellige autem sub differentia th. prox. in fine proposita, verè in iis quæ utendo non absumimus, quasi in iis quorum usus non potest esse sine absumtione, *l. 3. §. 1. l. 7. pr. & §. 1. Inst. hic, l. 2. §. 1. l. pen. de usufr. ear. rer.* f) *l. 28. 41. hic. Wes. par. ib. n. 9.* Sic feudum

dum est ususfructus in fundo constitutus sub conditione fidei, ut verè & accuratè contra omnes penè Dd. docet Vult. *tr. feud. c. 2.* g) etiam incerta, *l. 43. hic, arg. l. 25. § fi. l. 164. §. 1. de V. S. l. 34. §. fi. de legat. 1. Conan. 4. comm. 4. in fin.* h) *l. 29. ubi vide not. Goth. hic.* Si tamen legetur omnium bonorum ususfructus non debet excedi dodrantis æstimatio, *d. l. 29. ubi Costal. l. 34. in fin. hic. Cujac. ad Nov. 18. Conan. d. loc. vide Nov. 18. c. 3.* quomodo tamen intersit legari res ut singulas vel ut universas docet *l. 36. hic, ubi Cuj. 5. ad Afr. Everh. in Top. in loco, à tot. ad part. n. 9.* An usufructuarius omnium bonorum tenetur ad solvendum æs alienum? Non: sed detracto eo minuetur usus fructus, *l. 69. ad l. Falc. l. fin. ubi Dd. de usufr. leg. Geil. 2 obs. 146. Diss. Bar. in d. l. fin. nu. 5. Guid. decis. 541. Ang. in d. §. constituitur, n. 4.* i) *l. 9. §. 4. ad exhib. l. 16. quib. mod. usufr. ad rem. l. 16. §. 2. fam. erc. l. 4. ubi gl. hic, vel ex die. d. l. 4.* k) *l. 5 pr. hic, l. 14. 1§. quib. mod. ususfr. amit.* fructus enim in fruendo sive percipiendo est, quod cùm in facto consistat, divisionem recipit. *Vult. 1. Iurispr. 63.* Est igitur usufructus dividuus, cæteræ servitutes individuæ, *l. 19. de usu & hab. l. 7. ad l. Falc. vide pulchrè Cuj. ad l. 72. de V. O.* paulò aliter Conan. 4. *comm. 5. vide & Alc. 1. parad. 17. Wes. par. de usu & hab. nu. 4. Diss. Hot. ill. quæst. 18.*

IV.

Inter usufructuarios porrò ultima voluntate *a* conjunctos jus adcrescendi locum habet: sed cùm triplex sit conjunctio, in quacunque earum accrescendi jus agnoscimus *b*: ita ut mixtim conjuncti ab initio partes faciant *c*, & simpliciter conjunctis anteponatur *d*, quod si commixti fuerint disjuncti & conjuncti, pars conjuncti deficiens soli conjuncto accrescet *e*.

a) *t. t. de usufr. adcresc. Paul. 3. sent. 6. Cuj. ad Vlp. t. 24.* Porrò necessitas juris adcrescendi quoad legatoris est, ne tacita voluntas testatoris evertatur: quoad heredem verò, ne jus evertatur: *confer l. 37. de test. mil. l. un. §. his ita. C. de caduc. toll. l. 80. de adqu. her. Ias. in l. 1. C. quand. non pet part. Don. 7. comm. 12. Duar. lib. 1. de jur. adcresc. 2. aliter Alc. 4. parad. 8.* unde fit, ut duobus aut pluribus conjunctis altero deficiente, alteri pars deficientis adjicitur, *l. 1. de usufr. adcr. l. 9. de suis & leg. l. 12. de poss. bon. contr. tab. vide Cuj. ad Nov. 2. Gomez. 1. var. resol. 10. nu. 40. Don. d. c. 12.* Unde consectarium est, nullam esse necessariam rationem, cur in contractibus jus accrescendi locum obtineat, *l. 110. ubi Dd. de V. O. Duar. d. li. 1. c. 15. vide Muda in l. fundus, de contr. emt. n. 12. Vasq. tom. 1. de success. creat. §. 10. n. 117. & seqq. Tiraq. tr. de nobil. c. 37. n. 54. & inf. disp. 28. th. ult. lit. A. & p. 2. disp. 13. th. 3.* b) *l. 1. d. t. l. 87. de legat. 3. l. 143. de V. S. Wes. par. hic, nu. 2.* hodie conjuncti tantùm intelliguntur re & verbis simul, *per l. un. §. ubi autem 11. C. de caduc. toll. Cost. ad l. 1 hic.* c) *facit l. 34 §. 9. de legat. 1. Duar. d. c. 11. Zas. intell. sing. c. 18. Diss. vulgò Dd. in d. l. 87. de legat. 3. & in d. l. 142.* d) *d. l. 89. l. 1. §. 2. hic, d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll. Duar. lib. 2. c. 7. Alc. in d. l. 142. n. 5.* e) *d. l. 1. §. 1. hic.* quod in disjuncto secus est, ejus enim pars deficiens æquè ad conjunctum ac disjunctum pervenit, qua in unum corpus redacti, *d. l. un. §. 10. ubi Cuj. par. Diss. diversimodè à tota thesi Bart. & Dd. in d. l. 87. de legat. 3. Don. ad l. 5. 6. 7. de reb. dub. Rob. 2. sent. 24. & seq. Henr. Suerin. lib. singul. de usufr. adcresc.* ubi ex professo refutanda sumit quæ scripsit Cuj. 9. *obs. 11. vide eundem 24. obser. 34. & seq. Gomes. 1. var. resol. 10. & vide plenius inf. p. 2. disp. 13. th. 3.*

V.

Cæterùm antequam usumfructum ita constitutum consequatur usufructuarius cautionem præstabit fidejussoriam *a*, in usufructu vero quidem, usurum se boni viri arbitratu, & cùm pertinere ad eum desinet restituturum, quod inde extabit *b*: in quasi usufructu, restituturum se rem eandem in genere aut ejus æstimationem *c*. Si ob inopiam aliter quàm juramento cavere nequeat, an id admittendum sit, distinguo *d*. In quasi usufructu de substantia esse omninò cautionem verius est *e*.

a) *l.13.hic,l.4.C.eod.l.3. C.de V.S.l.1.qui satisd.cog.l.8. de usufr.ear.rer.Sal.in l.1.nu.5.C.hic.Geil.2.obs.*47. Et sicut aliâs in judiciis ne quidem pignoratitia cautio locum habet, *l.7.de prat.stip.arg.t.t. qui satisd.cog.* ubi nunquam fit mentio pignorum, *ut dixi sup.disp.*5. ita & hîc non nisi fidejussoribus caveri de jure debere putamus, *l.13.pr.hic, Don.d.lib.*10.*c.*14. Diss. alii, qui æquè prospectum putant ei cujus interest, si caveatur pignoribus: *ad quod vide l.59.§ fin. mand.l.4.§.6.de fideic.libert.l.1.§.7.de coll.bon.* b) quarum prior statim & sæpius committi potest: posterior non nisi finito usufructu. *l.1.§.6. & passim tot.tit. usufr.quemadm.cav.* Wes.*par.ibid.n.2. Geil.2.obs.46.n.2.* c) *l.2.pr.6.7.9.de usufr.ear.rer.l.7.§.1.usufr. quem.cav. Wes.par.ibi.n.1.Vult.1.Iurispr.63.Dec.cons.607. Geil.d.loc.* d) an homo sit frugi, vel vitæ suspect. priore casu admitti cautionem juratoriam æquius est, *arg.auth.generaliter.C.de Episc.& cler.Nov.*112.*c.*2. *auth.cui relictus.C.de indict.vid.Geil.2.obs.47.n.7.Wes.par.d.t.n.fi.* posteriore casu res usufructuaria apud virum bonum sequestrabitur, qui usufructuario de fructibus respondeat, *argu.l.5.§.Imperator.ut legat.nom. cav.Geil.d.c.47.nu.9. &* 10.*Guid.decis.*150. Diss. alii, qui indifferenter volunt ad juratoriam cautionem admitti. *Bald.in d.auth.n.4.Ph.Port.3.com.opin.concl.*18.*ampl.*8.*Diss.aliter Salic.& Ang. relati à Geil.d.loc.n.fi.* qui æquissimum putant certam annuatim summam usufructuario à domino persolvi. *adde Myns.6.obs.*48. *Rol. à Vall.1. cons.92.nu.*11. e) in vero secus, ut vulgò rectè sentiunt Dd. Bart.*in l.1.n.12.C.hic,Sneid.ad pr.Inst.eod.n.ult.Mynsi.ibi.nu.6.Geil.d.obs.46.n.3.Rol.à Vall.d.cons.92.n.9. Diss.Pinel. in l.1.p.2.nu.*78. ubi ne quidem de quasi ususfructus substantia esse cautionem contendit.

VI.

Nec obstat, quòd ad eam donatarius omnium bonorum usumfructum sibi reservans non teneatur *a*, sicut nec fiscus *b*, nec pater in bonis filiorum *c*. Illud rationis est, quod ab herede *d* remitti potest, non à testatore *e*: nec fructuarius in præstitam cautionem delinquens statim jus suum amittet *f*, fructus autem ante præstitam cautionem perceptos ita suos faciet, si bona fide in possessionem venerit *g*.

a) *Dec.in l.28 n.2.de R.I.Io.de Plat.in §.sunt praterea, vers.si quis.Inst.de act.Pinel.d.p.2.nu.*80.*Geil.obs.*145. *in fin.Ph. Port.d.loc.limit.2:Myns.5.obs.36.princ.* Quia mitius agendum cum eo, qui ex sua liberalitate convenitur. b) *l.1. ut leg. nom.cav.* quia dives præsumitur. c) *l.8.§.fin autem.C.de bon.qua lib.Sneid.d.pr.n.11.Pinel.d.p.2.n.20.* quia reverentia paterna impedit. d) *l.51. C. de Episc. & cler.l.29.C.de pact.gl.in l.1.C.hic.Bart.ibid.n.11. Sal.n.4.Sich.nu.7. Pin.d.p.2.n.76.Geil.obs.145.n.12.in fin adde Vasq.de success. vol.1.§.7.n.22. & seqq.* e) *gl.& Dd.in d.l.1.Geil.d.loc.ubi*

vide

vide quos alleg. Clar. §. *testamentum, q. 64. n. 1. ubi communem dicit Don. d. c. 14. Diss. Dyn. in d. l. 1. n. 14.* volens remitti posse quoad res usu consumtibiles. Imò & in vero usufructu cautionem à testatore remitti posse putat Hotom. *per l. 1. C. hic.* f) *arg. l. 1. §. 4. hic.* ubi cautio hæc sæpius committi posse dicitur. tenebitur igitur ad interesse. *Wes. par. quib mod. ususfr. amit. nu. 7. arg. l. 1. & t. t. ususfr. quem. cav. Diss. Bald. Castr. in auth. qui rem, n. 3. C. de SS. Eccles. Ias. in l. 8. §. si fundum, sol. matr.* Conciliationem ostendit Wes. *d. loc. & Menoch. 2. arb jud. 78. n. 2. & 6.* judicis arbitrio committentes an magna sit deterioratio. g) per notata accuratè à Geil. *2. obs. 46. nu. 7. & seqq. ubi vide arg. l. 2. §. 1. quod legat. l. 69. §. 3. de legat. 2. ubi Castr. n. 4. adde & Myns. 1. obs. 6.*

VII.

Pro ususfructus sic constituti traditione actio personalis ex stipulatu vel ex testamento competit *a*. Contra impedientem verò uti adquisito usufructu realis confessoria datur *b*: sicut & vicissim negatoria domino ad libertatem prædio adstruendam *c*.

a) *l. pen. C. hic, vide eleganter & distinctè Wes. par. si ususfr. pet. n. 4. & facit l. 1. §. 2. eod.* Sed quid, an qui moram in tradendo facit, ex ea fructus præstare debet? Omninò: idque non tantùm in usufructu per stipulationem constituto procedit, *l. 37. hic.* sed etiam in constituto per ultimam voluntatem, *l. 46. & seq. hic, l. 35. l. seq. §. fin. eod. quam explicat Cuj. tr. ad Afr. 5.* b) *l. 5. pr. & § si patris, si ususfr. pet. Wes. par. ib. n. 3.* agit autem ad hoc, ut judex declaret jus esse sibi utendi fruendi, & impedientem condemnet, ut caveat de in posterum non impediendo, *l. un. ubi Bart. C. uti possid.* & restituat perceptos fructus cum omni interesse, *arg. l. 5. §. fi. hic. l. pen. §. fi. si ususfr. pet.* c) *d. l. 5. Wes. d. loc. n. 6. & seq.* ubi & hoc explicat, cur pro incorporalibus juribus negatoria agatur, quod tamen in corporalibus rebus non admittitur. Utilis servitutum vindicatio usufructuario non datur: licet hac de re dissimiliter juris autores loquantur *in l. 1. de remiss. l. 2. de nov. op. nunc. l. 1. si ususfr. pet. vide pulchrè Vult. 1. disc. 18. Diss. in earum conciliatione Cuj. 1. obs. 16. reprehensus etiam ab Hot. 2. amic. resp. 16.* Jure Saxon. ususfructus mulieri in bonis mariti in dotalitium constitutus hoc etiam pro formali requirit, ut tutor mulieri detur, der sie bey ihrem Leibgeding treulich schützen und handhaben solle; Landrecht *lib. 1. art. 44. Reinh. p. 2. diff. 13.*

VIII.

In hac igitur servitute personali ita constituta plus est quàm in aliis. Nam usus ad necessitatem tantùm est *a*: ususfructus etiam ad voluptatem *b*. Unde consequens est, omnes omninò fructus naturales & civiles, ex re ipsa sive ejus occasione provenientes usufructuarium percipere *c*. Cùm autem requiratur perceptio per se vel alium facienda, fructus maturi quidem, nondum tamen à solo separati, ad heredem non pertinebunt *d*.

a) §. 1. *Institut. de usu & habit.* b) *d. §. 1. fin.* sic in usufructu usus inest, non vicissim, *l. 14 §. 1. de usu & hab.* Dissentire primo aspectu videtur *l. 5. §. 2.* Sed ibi usus is nominatur qui usufructui ex adverso opponitur, nempe à fructu separatus, non is qui sub fructu continetur, *vide Vult. 1. Iurispr. 63. eodem redit Cujac. 13. obser. 12. & in explicatione l. 26. de exc. rei jud. tr. 9. ad Afr. adde Conan. 4. comm. 5. nu. 2.* c) *l. 7. pr. & §. 2. ac passim sub tit. hic, §. in pecudum. Inst. de rer. divis. l. 28. de usur.* undè in monti-

bus

bus & saltibus venari poterit, *l.60.hic.Coras.5.misc.8.* & lucra etiam fortuita inter fructus referentur, *arg.l.7.§.si vir.sol.matr.* Wes.*de feud.c.12.nu.4.* d) *§.is verò, ubi* Wes.*Sneid.Inst.de rer.divis.l.12.§.si fur.l.58. hic,l.13.quib. mod.us.amitt.* fructus enim adhuc pendentes pars fundi esse censentur, *l.fructus,de R.V.Diss.Cujac.4.feud.*30. cujus sententiam refutat accuratè H.Pist.1. *q.24.nu.17.& seqq.adde Schurff.3.cons.*40. quid de jure Sax. in hoc casu receptum sit, *vide H. Pistor.1.q.25.n.*30. Ad hoc autem ut fructus fiant usufructuarii, non requiritur eos asportatos & in horreum reconditos esse, *d.§.is verò,ubi Sneid. & Dd.Vult.1.Jurispr.64. & 1.disc.* 20. *Dissen.gloss.in d.§. is verò, verb.percepti.*

IX.

De fructibus ultimi anni, quo feudum morte vasalli domino apertum est, vetus & difficilis movetur controversia; An illi ad dominum pertineant, an verò ad heredes defuncti? Puto bene defendi posse communem Dd. sententiam: si vasallus ante Cal. Martii moriatur, omnes illius anni fructus cedere domino: si post Cal. Mart. usque ad Augustum completum *a* moriatur, heredum manere: si verò post Augustum, rursus omnes fructus domini esse *b*.

a) *c.1.§.his consequenter.verb.post Augustum,hic finitur lex,& c. Zas.p.10.num.fi. Sonsb.p.10.n.10. Hart. Pist.d.q.24.num.47.* b) *Alvar.Prapos.in d.c.un.§.his consequenter.Zas.& Sonsb.alleg.loc. Borch.c.7.n.95. Hart.Pistor.d.q.24.n.43.Covarr.1.var.resol.* 15.vide plures apud Rosenth.*in synops.feud.c.10.q.115.& seqq.Diss.Cuj.4.de feud.20.Baro ad d.§.his consequenter.Molin.in consuet.Paris.t.1.§.1.n.11.* Wurmbs.*obs.pract.26.Villalob.in comm.opin.lit.P.n.64.* Alii volunt fructus pendentes pro rata anni dividi. *Alex.in l.7. §.Papinianus.*Wes.*par.sol.matr.circa fin. & in addit.ad Sneid.in d.§.is verò. & de feud.c.10. n.5.* De jure Saxonico etiam secus observatur, *vide* Landrecht *art.58.lib.2.* Lehenrecht *cap.6. Sneid.*Wes.*H.Pist.dd.loc.* nempe, non distinguitur illo jure, quo anni tempore vasallus moriatur, sed fructus civiles, Zehend/Pächt/einkommen/nimpt der Erb alles/da der verstorbene den Zinßtag erlebt hat: inter fructus pendentes, industriales & naturales discrimen observatur: hi, als Wiesenwachs/Obs/vnd dergleichen/ absq; distinctione domino cedunt: in illis, was die Ege bestrichen hat / vnnd vnderbracht ist bey leben deß verstorbenen / solches weil es deß verstorbenen erworben Gut/folgt den Erben / vnd nit dem Lehensfolger: also auch mit den Gartenfrüchten / da der Garten bey deß verstorbenen leben gerodet vnd gesäet ist. Quid itidem servetur circa fructus pendentes fundi dotalitii, darauff ein Weib verleibdinget ist/notabile est: & quidem marito mortuo, de jure civili tales fructus uxori cedere existimo, *arg.l.27.pr.hic.* aliud est de jure Saxon. Landrecht *d.lib.2.artic.*58. vigore cujus mariti heredibus cedent. *Toming. decis.3.n.1.* was die Ege bestrichen hat. *Nov. Elect. August.p.3.constit.*32. Uxore mortua jure civili ad dominum proprietatis pertinebunt: jure Saxon. ad heredes mulieris, cujus sumtibus fundus cultus est, *argu.d.art.58. &* Landrecht *lib.3.art.76.in fin.d. Novell.constit.* 32.*Toming.d.decis.3. H.Pist.1.q.24. Coler.p.1.de process.execut.c.3.n.245.& seqq.Fachs.1.diff. jur.civ.& Saxon.c.32.adde tradita per Modest.Pistor.1.cons.56.q.2.nu.24. & seq.Tessaur.p.1. decis.55.& 56.*

X.

An verò ita usufructuarius re usufructuaria uti possit, ut jus sibi constitutum locare, vendere, donare, alienare *a*, oppignorare *b* ei liceat? quæritur.

ritur. Quod affirmamus. Servitutem tamen imponere fundo nequit *c*: quod dominus proprietatis potest, modò conditio usufructus inde deterior non reddatur *d*.

a) *facit l.8 pr. de bon.auth. jud.poss.l.non utitur, cum l.seq.l.cui ususfructus, h.t.§.1.Inst.de us.& hab.l.8.§.fin.de peric. & comm. rei vend.Soar.in addit.ad Gomes.2.var.res.15.n.15.vide plenè Pinel.in l.1.p.3.n.38. & seqq. C.de bon.mat. Diss.gl.in §.finitur, verb.cedendo, ubi & Wes.Mynf.Sneid.Baro, Inst.hic. Gomes.d.loc.Covar.1. var.res.8.n.7.vers.quod si.Bart. in d.l.8.& in l.6.C.hic.Cost.in l.arboribus, §.usufructuarius, hic. & communiter Dd. relati à Pinel.d.loc.* b) *per l.9.§.1. l.17.§.2. ubi vide not.Goth.de pign. & hypoth.facit l.fructus, 72.de R.I.* Itaq; sequetur talem alienationem irritam non esse, nec ideò ususfructus ad proprietarium redibit, ut plerisq; placuit, sed finietur morte cedentis, non ejus in quem translatus est ususfructus, *Pin.d.loc.n.40.in prin.* Et usufructu ita vendito jus retrahendi proximiori consanguineo non competet: facit quod ibi ratio juris illius cessat. *Alex.1.cons.52.n.2.Tiraq.1.de retract.§.1.gl.7.n.54.& seq.Diss.Matth.de Affl.tr.de jure protomis.col.10.vers.item quaero.Chassan.cons.Burg.rub.10.§.1. vers. adverte. n.14.* c) *facit l.6.pr.com.praed. Cost. ad l.2.si ususfr.pet.l.15.§.7.hic.Caepol. de serv.c.14.n.11.adde §.ideò autem.Inst.de servit.Vult.1.Jurisp.63.* Aliud in vasallo est, *c.un.§.rei, de invest.de re al.ubi Dd.Wes.c.11.n.7.Clar.§.feudum, q.37.n.1.Borch.c.8.n.62.Rosen.c.9.th.13.* d) *d.l.15.§.fi. cum l.seq.hic, l.2.de nov.op.nunc.Cost.d.loc.Pin.in d.l.1.p.2.n.74. Conan.4.comm.3.n.3.Diss.gl.& vulgò Dd.in d.l.15.§.fin.*

XI.

Immaturos etiam fructus decerpere usufructuarius non debet *a*. Illud benè communiter Dd. sentiunt, si dominus directi dominii decedens relinquat heredi proprietatem, alteri usumfructum, & durante usufructu contingat rem emphyteuticam alienari, quod laudemium usufructuario debeatur *b*.

a) *arg.l.ex sylva, 10.hic.* nisi fortè ex immaturis plus consequeretur emolumenti, ut distinguit Accurs. *in l.absente, 48.§.sylvam caeduam, hic.Salic.in l.3.C.hic.* An sylva non caedua sit in fructu, & an emphyteuta, vasallus aut alius beneficium habens, possint arbores magnas caedere, *vide Costal.in l.7.§.si fundum, sol.matr.* b) *Clar.§.emphyteusis, q.23.n.fin.allegans ad hoc Socin.jun.3.cons.70.n.31.Io. Andr.in addit.ad Specul.de emphyt.vers.93.verb.qui tabernas, post medium.*

XII.

Possidere usufructuarium impropriè, sive potius quasi possidere, nempe jus in re, affirmamus *a*. Et ratione potestatis quam habet non modò aedificium inchoatum ad fructus reponendos necessarium consummare, sed & de novo extruere ei licere verius est *b*. Opus verò novum non suo sed procuratorio nomine nunciare posse defendemus *c*.

a) *confer l.10.§.fin.de adq.rer. dom.l.1.§.unde, quod legator.l.3.§.fi.unde vi.* quod interdictum accommodari mirum non est usufructuario, cùm aliâs dejecto jus utendi fruendi omninò impediretur, *adde l.23.§.1.ex quib.caus.maj.l.15.§.1.qui satisd.cog. vide Cuj.18.obs.24.in pr. & Borch. de feud.c.8.nu.65. Diss.Dd.pleriq; in d.l.3.* b) *facit l.13.§.6.l.73.hic, & arg.l.2.de jurisd.* ubi concesso aliquo etiam concessum id intel-

 ligitur,

ligitur, sine quo prius illud haberi nequit. *Cost. ad l. 61. Coras. 1. misc. 6.* ubi vide conciliationem *d. l. 61. & l. 44 hic, cum d. l. 13. & l. 73.* Nec opus est, ut *in d. l. 61. & l. 44.* legamus (tectorium) pro (rivum) ut vult Cujac. 1. *obs. 36.* quia, *ut ibid. in not. advertit Ruffard.* rivus hîc pro stillicidio sumitur, quod lenius fluit, ut flumen pro eo, quod fluit copiosius, *addc Hot. 2. amic. resp. 36. vide & quæ scribit Pin. in d. l. 1. p. 2. n. 52.* c) *facit l. 1. §. fin. ubi Bart. Roman. & vulgò Dd. de nov. oper. nunc. vide ibid. eleganter Ias. num. 1. & seqq.* In ratione assignanda variant: videtur vera esse ea quam contra Bart. *affert Rom. d. loc.* quia non haberet jus, super quo se fundaret. Et intellige tantùm quod nunciare possit extraneo: nam domino nunciaret inutiliter, à quo jus suum per petitionem ususfructus consequetur, *l. 2. hic, l. un. §. 4. de remiss. vide Cuj. 1. obs. 16. & 9. obs. 17.* ubi reprehendit Em. Soar. contra sentientem. Aliter paulò hæc explicat Zas. 2. *intel. sing. 19. Molin. in consuet. Paris. §. 1. gl. 1. n. 15.*

XIII.

Verùm onera quoque sentit usufructuarius, quamvis non indistinctè: magnam enim impensam à domino repetet *a*. Vectigalia, tributa, &c. licet extra ordinem imponantur, agnoscere debet *b*: nec interest an præterita ea sint *c*, an post usumfructum constitutum demum imposita *d*. Si usumfructum habet rei, ut universitatis, in locum demortuorum capitum nova submittet *e*; non tamen opus est hæc peti aliunde, si de illo grege non adnascantur aliqua *f*.

a) *arg. c. qui sentit. de R. I. in 6. l. 18. §. 2. de damn. infect. l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. l. 65. hic. l. 7. C. eod. l. 28. de usufr. leg. Cæpoll. de servi. c. 59. n. 5. Sneid. in §. constituitur. Inst. hic. n. 11. Pinel. d. p. 2. nu. 72.* ubi rectè ait, hoc tantùm procedere in reficiendo. Quid si partes controvertant, utrum magna sit vel modica impensa? Judicis arbitrio res decidetur. *Pinel. d. loc. post glos. in l. 7. §. 2. verb. pertinet, hic.* b) *d. l. 7. §. 5. l. 52. hic.* c) *l. 7. ubi gl. de publ. & vect. l. 5. §. fi. de censib. Pinel. d. n. 72. vers. nonò ampliatur.* d) *l. quæro 28. ubi Bart. hic, l. 23. de servit. urb. præd. Pinel. d. loc. vers. quintò.* Imò ib. vers. tertio id extendit, ut teneatur ad onera realia, licet pactum in contrarium fecerit ei is à quo rem habet: illa enim, quia rem comitantur, pacto personæ remitti nequeunt, *arg. l. 43. de pact. l. 2. C. sine cens. vel reliq. ubi gl.* e) *§. 1. sed si greges 38. Inst. de rer. div. l. vetus 68. §. 1. & l. seq. l. 70. §. 3. hic.* f) *d. l. 68. §. 1. & l. 10. §. si servi, de jur. dot. Myns.* Wes. *Balдui. Baro ad d. §. 38. Diss. relati à gl. ibid.*

XIV.

Finitur porrò ususfructus morte *a*, capitis diminutione maxima & media *b*, (quæ si filio accidat, ususfructus in personam patris continuatur *c*) hodie etiam banno *d*, cessione proprietario facta *e*, interitu rei *f*, existente conditione sub qua relictus est *g*: non utendo per modum & tempus *h*: non autem finitur ingressu in monasterium *i*.

a) nempe usufructuarii, *§. finitur. Inst. h. tit. l. pen. C. eod. l. 3. §. fi. quib. mod. ususfr. amit.* Wes. *par. hic, n. 9. in fin. Vult. d. c. 63.* Nisi expressè inter partes actum sit, ut ad heredes transeat: quo casu tantùm ad primum, non ad ulteriores transit, *l. 14. ubi gloss. & Dd. C. hic. Gomez. 2. var. resol. 15. n. 18. Myns. d. §. finitur, n. 2. Sneid. d. §. fin. Inst. hic, nu. 3.* quod tamen aliis displicet, *arg. l. 3. in fin. qu. mod. ususfr. amit.* b) *l. 1. §. 3. quib. mod. us. amit.*

amit. Conan. d.c.6.n.7. Mynf.d.§.finitur,n.5. Et hoc verum si jam constitutus sit, d.l.1.§.3. Olim & minima capitis diminutione amittebatur. Paul.3.sent.6.§.capitis, ubi Cujac. sed id mutatur l.pen. C hic, vide Wes.par.quib.mod. usufr.amit.n.3. c) l.fin.ubi Bar.C.hic.Vaud.1.q.15.per l.pervenisse,171.de V.S.l.45.§.filius patr.de V.O. d) Cyn. Castr.in l.16.C.hic.Bart.in l.1.C. de hered.n.3.Ias.in l.Gallus,29.§.5.de lib. & post.n.64. Geil. 2.obs.86.n.10.& 2.p.p.1.n.24.& 11.n.12. e) d.§.finitur, l.66.de jur.dot. si extraneo cedat, jus suum amittere verius est, glos.in d.l.66.& d.§.finitur,verb.cedendo. Azo in sum. C.hic.n.20.Covar.1.var.resol.8.n.7. Gomes.2.var.resol.15. Soar.in lit.V.n.94.Diss.Pin.d.l.1. p.3.n.39. Wes.par.quib.mod.us.amit.n.5. f) pr.Inst.hic, l.2.eod.l.5.§.fin.quib.mod. usufr.l.10.l.23.eod. g) l.15.eod.l.12.C.hic. adeò, ut postea percepta restituere cogatur, l.5.C.hic,ubi Bart. h) l.25.quib.mod.us.am.ubi Wes.par.n.7.l.pen.C.hic. olim biennio.Paul.1.sent.17. hodie inter præsentes decennio, vicennio inter absentes, l.fin.C.de serv.Dd.in auth.qui rem.C.de SS.Eccles. i) gl.in auth.idem est.C.de bon. qua lib.Bart.& Dd.in auth.ingressi.C.de SS.Eccles.Pinel.in d.l.1.p.1.nu.47.& seqq.Diss.aliquantum Covar.c.1.n.8.de testam.

XV.

Civitati, Ecclesiæ, &c. legatus ususfructus durat 100. annos *a*: quod secus est in legato annuo *b*. Pater ob delictum filii bonis publicandis non amittit usumfructum in adventitiis *c*: nec mulier secundò nubens, cui sub conditione, dum castè & honestè vivat, relictus est *d*. Legato autem usufructu cum onere altius non tollendi, non intelligitur simul legata proprietas *e*.

a) l.56.hic,l.8.de usufr.leg. Conan.d.c.6.nu.5.& lib.1.c.10.nu.6.facit l.fin.C.de SS. Eccl.Borch.de feud.c.9.n.5.& seq. Gomez.d.c.15.n.18. b) l.6.20.in fi.l.23.& seq.de ann.leg.Covar.3.var.resol.9.n.10. Diss.Bart.in l.8.n.1.de usufr.leg. & in d.l.20.Costal.in l.56. hic,& vulgò Dd Soar.lit.A.n.181.& lit.L.n.40. c) vide pulchrè Covar.2.var.res. 8.n.7.Clar.§.fi.q.78.n.12.Gomez.d.c.15.nu.12.imò ne proprietas quidem filio confiscatur, l.3.C.de bon.dam.Cov.Clar.dd.loc.nec peculium castrense, Soar.lit.P.n.70. quod tamen negat Gomes. d.loc.n.13. d) Bart.in l.22.§.4.ad SC.Treb.n.5.arg.l.fin.vers. sed quia.C.de indict.vid.Nov.22.c.32.Geil.2.obs.98.n.fin.Hippol.sing.577.Diss.Coras.3.misc. 1.Covar.in epit.4.Decret p.2.c.3.§.fi.n.ult. e) per ll.& rationes benè adductas à Pin. in d.l.1.p.3.n.41.Diss.vulgò Dd.Soar.lit.V.n.90.Geil.2.obs.143.n.7.&c.

XVI.

Coronidis loco sint hæc miscellanea: etiam vestimentorum quandoque quasi usumfructum esse *a*: vasallum, etsi rectè dicatur usufructuarius, ad præstandam cautionem usufructuariam non teneri *b*: usu sylvæ legato etiam fructum intelligi legatum, si sylva in propinquo sit *c*: operis verò servi legatis tantùm videri usum legatum *d*.

a) §.constituitur, 2. Instit.de usufr.ubi Accurs.Diss.Donell.10.comm.4.vide etiam Wes.in d.§.2. b) vide post Dd. Rosenth.in synops.feud.c.ult.th.21. c) glos. & Dd.vulgò in l.22. de usu & hab. Donell.10.comm.24.in fin.vide & Gœdd.in l.5.§.1.de V. S.n.17.(Diss.Pinel.in l.1.C.de bon. mat.p.2.n.57.) Aliàs verò notum est, quia usus ad necessitatem duntaxat refertur, in usufructu usum inesse, non vice versa, §.1. Instit.de

usu & hab. vide l.14.§.1.eod.Cuj.8.obs.9.& 13.obs.12.confer Pac.3.enant.q.59.Conn.4.comm.5.n.2. d) *l.5.de oper.serv.Connan.d.c.5 n.10.Diff.Don.10.comm.1.per l.3.d.tit.vide etiam l.1.§.9.ad l. Falc.* Et aliâs certum est habitationem & operas servorum non per omnia fructum imitari, *l.4.de op.serv.vide Hot.3.obs.23.Don.d.lib.10.c.21.*

DISPUTATIO XVII.

De servitutibus realibus.

Respondente Joanne Rentzelio, Hamburgensi.

Thesis I.

SErvitus realis est jus prædii, quo ei prædium alienum servit *a*: & in urbanam & rusticam dividitur *b*: quarum utraque causam debet habere continuam *c*.

a) *Vult.lib.1. Iurispr.Rom.c.63.* Num verò personalis servitus vel realis sit, id ex eo cui servitus debetur æstimandum est, *Vult.ibid.n.12. Cæpol.de serv.urb.c.2.n.5.vide Cost.in l.37.de serv.rust.vide disp.praced.th.1.lit.A.* b) *tot.tit.Inst.de serv.l.1.eod.* Prædia verò non loco, sed qualitate & materia, non autem ex qua, distinguuntur, *l.198.de V.S.l.16 C.de præd.& al.re.min.§.prædiorum. Inst.h.t.l.1.comm.præd.Gœd.in d.l.198.n.1.Diff.Don.in tr.de pign.c.4. vide Hot.lib.2.obs.21.* In servitutibus autem rust. utriusq; prædii vicinitatem exigimus, *l.5.7.§.1.de serv.rust.* in urbanis non æquè, *Vult.d.loc.nu.50.per l.6.7.§.1.com. præd.l.4.§. ult.l.5.6. in pr.si serv. vind. Diff.Don.lib.11.com.jur.civ.c.2. Cæpol.d loc.18.* c) *l.28.de serv.urb.Don.d.lib.11.c.3.Cuj.lib.11.obs.3.* neq; à re mobili neq; rei mobili deberi potest, *l.3.com.præd.§.ideò.Inst.de serv.Don.d.lib.11.c.1.*

II.

Et quidem inter urbanas servitutes numerantur, út vicinus onera vicini sustineat *a*: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere *b*; ut stillicidium vel flumen quis recipiat in aream vel ædes suas, vel non recipiat *c*, & ne altius quis tollat ædes suas *d*, ne luminibus vicini officiat *e*.

a) speciale est in hac servitute, ut qui eam habet, vicinum ad columnam aut parietem reficiendum compellere possit, *l.33.de serv.urb.l.6.§.2.l.8.si serv.vind.* b) de harum differentia vide Cæpol. *de serv.urb.c.58.* c) & hoc altius tolli quidem potest, non autem inferius dimitti, *l.20.§.5. de serv.urb.* & qui hanc habet cum servitute ne altius tolleretur, una remissa alteram nihilominus retinet, *l.21 eod.Coras.lib.4.misc.c.14.* d) quomodo hæc servitus constitui possit, cùm jure libertatis naturalis liceat unicuique in infinitum ædificia tollere, variant Dd. *in §.æquè. Inst.de act.vide Don.d.li.11.c.5.& ad d.§.æquè.Coras.in l.1.de servit.83.misc.c.24.Walth.li.1.misc.c.4. & tandem Vult.lib.1.discept.c.5.* e) hæ diversæ servitutes sunt, *arg.l.12.15.17.§.2.de serv.urb.Wes.in §.prædiorum, Inst.h.t.& in parat.D.de serv.urb.n.4.Hotom.lib.2.resp.amic.c.5 Diff.Cujac.lib.17.obs.35.Don.d.c.5.* An huic servituti locus sit, si quis adquirat partem ædium ab eo, qui in alia parte non vendita habet fenestras in aream vicinarum ædium venditarum respicientes, *vide Tessaur. decis.216. ubi affirmat, per l.9. de serv.urb.Diff.alleg.ibid.*

III.

Alia quoq; servitus urbana est, quæ luminum dicitur, alia ne luminibus officiatur *a*: item projiciendi, protegendi *b*, prospectus, & ne prospectui officiatur *c*, cæteraq; illis similia *d*.

a) *l.4.de serv.urb.& ibi Cost.Cæpol.de serv.urb.c.35.& 36.Cujac.lib.1.obs.4.(* ubi tamen propter emendationem *l.14.eod.* rectè ab Hotom.*d.c.5.*& Robert.*lib.2.recept. lect.c.20.* reprehenditur.*)Diss.Don.c.5.*& nulli licet pariete suo aperto fenestras in eo habere, ex quibus in alienum prospiciat invito domino,*l.40.de serv.urb.fac.§.3. Inst. Caji.Duar.lib.1.disp.c.33.Hotom.lib.2.resp.amic.c.31.*(ubi itidem rectè Cujac.emendantem *d.l.14.* reprehendit.*)Diss.Donell.d.c.5.* b) & hæ diversæ sunt,*l.2.eod.Don. d.lib.11.c.4.Cæpoll.de serv.urb.c.31.& 32.Diss.Coras.lib.3.miscell.cap.ult.num.13.* c) quæ itidem diversæ sunt: *Cæpol. d. loc. c.34. nu.3. Diss.Robert.lib.4.sent.c.7.Donell.d.c.5.* d) *d.l.2.l.8.§.2.si serv.vind.* ad quæ etiam jus venandi rectè referri putant: *Gail. lib.2.observ.66.*

IV.

Rusticis verò servitutibus annumerantur Iter, Actus, Via *a*: & definitur iter jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum *b*: Actus verò jus agendi jumentum vel vehiculum: Via autem jus eundi & agendi & ambulandi *c*.

a) *in princ.Inst.h.t. l.1.de serv.rust.* b) & qui hanc habet, sella aut lectica vehi, *l.7.eod.* item eques ire potest, *l.12.eod.* huc quoq; navigandi servitus rectè referri potest,*l.23.§.1.eod. vide Cujac.lib.11.obs.3.* c) in quarum definitionibus nihil mutandum censemus: *vide Cujac.lib.22.obs.35.Duar.lib.1.disp.c.31. Diss.Hot. lib.2.obs.21.* qui in definitione actus pro voce (vel) legit (non etiam) & in definitione viæ pro verbo (ambulandi) ponit (avehendi) item Ant.Fab.*lib.1. conject. c. ult.* qui in definitione actus quæ ponitur *in d. l.* 1. hæc verba (etiam sine jumento) imperiti interpretis esse contendit: & Connan.*lib.4.com.c.2.quem sequitur Don.d. lib.11. c.6.* qui in definitione viæ pro verbo (eundi) legunt (avehundi.) Differtq; via ab actu & itinere non tantùm latitudine, sed etiam aliis modis, *arg. l.13.de serv. l.23. de servit.rust. Diss.Robert.lib.4.sent.c.5.* Est autem viæ latitudo in porrectum 8.pedes, in anfractum 16.*l.8. de serv. rust.* itineris verò actusq; ea quæ demonstrata est, quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est, *l.13. §.2.eod.* quòd si via eam latitudinem non habuerit qua vehiculum ire potest, iter erit, non via, *d.l.23.in princ.ubi Hot.lib. 2.obs.21.* malè legit (iter aut actus est.)

V.

Inter rusticorum prædiorum servitutes rectè quoque computatur aquæductus *a*, aquæhaustus, pecoris ad aquam appulsus *b*, jus pascendi & similia *c*.

a) *d.l.1.* ut aquam quærere & inventam ducere liceat, servitus quoque constitui potest,*l.10.de servit. rust. l.ult. si serv.vind.Hotom.lib.8.observ 15.* sic ex castello & receptaculo, in quod aqua ex flumine per rotam sublata esset, servitus tuitione prætoris constituitur,*l.2 comm.præd.* quæ de flumine publico loquitur, *Don.d. lib.11. c.5. Hotom.lib.1.resp.amic.c.15.Diss.Cuj lib.3.obs.28.& Goth.ad l.2.* b) si quis autem

majorem numerum appulerit, quàm debet, non in omnibus prohibetur, *l.1.§.18 in fin. de aq. quot. & ast.* c) *§ inter. de serv. d.l.1.§.1.l.16.23.§.1. de serv. rust.* attamen ut pomum decerpere liceat, ut spaciari, ut cœnare in alieno possimus, servitus realis imponi nequit, *l. 8. de serv.* potest tamen ut personalis, *Coras. Duar. & Costal. in d.l. 8. Hot. lib. 8. obs. 10. Don. d. lib. 11. c. 1. Diss. Cuj. lib. 24. obs. 22. Cæpol. de serv. urb. c. 2. n. 8. & 9. & c. 8. n. 1. Ioan. Superior ad d.l. 8.*

VI.

Imponere autem vel acquirere servitutem nemo nisi prædii dominus potest *a*: unus verò ex dominis communiũ ædium, vel sociis fundi communis nec imponere, nec acquirere, ne quidem pro sua parte potest *b*.

a) *l. 1. com. præd. §. ideò, Inst. h. t.* quod si vasallus servitutem prædio imponi patiatur, ipsi quidem nocet: sed feudo ad dominum vel agnatos redeunte extinguitur, *c. un. vers. rei autem, & §. 1. de invest. de re al. fac. Cujac. lib. 2. feud. tit. 9.* idem de emphyteuticario placet Donell *lib. 9. com. jur. c. 17. Cæpol. d. c. 14. nu. 4. Sichard. ad l. 3. C. de serv. nu. 2.* Superficiarium autem servitutem imponere non posse, exercitii causa defendi potest, *arg. l. 86. §. ult. de leg. 1. juncta l. 1. de usufr. leg. item arg. l. 1. §. 3. de remiss. juncta l. 3. §. 3. de nov. op. nun. & l. 2. de superf.* sed tamen æquior est & verior affirmantium sententia. *Donell. d. lib. 9. c. 1. Cæpol. d. c. 14. n. 4. Duar. ad l. 3. de serv. Cujac. d. tit. 9.* Usufructuarius autem ne acquirere quidem servitutem potest, *l. 15. §. 7. de usufr.* multò minus imponere, idq; ne quidem exemplo vasalli, *d. l. 17. 61. eod. Diss. Ruffard. & Costal. in l. 2. si usufr. pet. Pinel. in l. 1. part. 3. nu. 70. de bon. matern.* b) *l. 2. de servit. l. 19. 34. de serv. rust. l. 72. de V. O.*

VII.

Porrò constituuntur servitutes tam rusticæ quàm urbanæ conventione inter vivos, pacto scilicet & stipulatione *a*: sed & testamento poterit quis heredem suum damnare ut servitutem præstet *b*.

a) *§. ult. Inst. de serv. l. 5. eod. juncta l. 3. in princ. de usufr.* item precario, *l. 2. §. ult. cum l. 3. 15. §. 2. de precar.* emtione, *l. ult. de serv.* & in harum constitutione pro possessione usus intervenit, pro traditione patientia, *l. ult. de servit. l. 1. in fi. de serv. rust. l. 3. in pr. vers. dare, de usufr.* sub conditione tamen vel ad certam conditionem, aut ex tempore, vel ad tempus constitui non possunt, *l. 4. de serv.* quamvis ex die aut sub conditione rectè promittantur, *l. 98. de V. O. arg. l. 25. §. 10. fam. ercisc. §. 2. Inst. de V. O. l. 23. §. ult. de serv. rust. Donell. d. lib. 11. c. 10. Wes in par. Digest. de serv. n. 9. Dissen. Zas. lib. 2. sing. resp. c. 30. Costal. & Coras. in l. 4. de servit. vide Govean. lib. 1. var. lect. c. 9.* & modus utendi rectè adjiciatur, *d. l. 4. §. 1.* b) *l. 16. comm. præd. d. §. ult. Inst. h. t. l. 31. de servit. urb.* Quod si itineris actûsve servitus sine ulla determinatione partis fundi constituitur, electio erit illius cui servitus constituta est, *l. 9. de servit. l. ult. de aq. quot. & ast. arg. l. 21. de servit. rust. Donell. d. lib. 11. c. 13. Dissen. Costal. in d. l. 9. Cæpol. de servit. urb. c. 23. n. 5. Ioan. Superior in d. l. 9. n. 4.* Si quis binas ædes habens alteras legaverit, alterarum verò usumfr. tantùm, poterit heres usufructuarius tollendo lumina legatarum obscurare, *l. 16. de serv. urb. & ibi Cost. Hot. lib. 2. resp. amic. c. 7. Diss. Cujac. lib. 1. obs. 7.*

VIII.

Num usucapio quoque inter modos servitutis acquirendæ referatur, semper

semper dubitatum fuit *a*. Nos rusticarum servitutum usucapionem à Justiniano non primùm introductam asserimus *b*.

a) *propter l.14. de serv. & l.10. si serv. vind.* b) *ut putat Cuj. in l.4. §. ult. de usuc. Wes. in par. de serv. nu 6. per l. ult. C. de praescr. long. temp rectius Duar. lib.1. disp. c.34. Donell. d. lib.11. c.11 Cost. in d. l.14. & in l.28. de serv. urb.* qui omnes semper quasi usucapione acquiri potuisse putant. *Aliter Hot. lib.4 obs.2. & 8. obs.10. Caepol. de serv. urb. c.19. nu.4. Sich. ad l.3. C. de serv. n.2.* qui distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, quae sententia in Camera quoq; probata est, teste Myns. *cent.4. obs.53. Item Rob. lib.4. sent. c.8. Coras. lib.5. misc. c.5.* qui nullas putant usucapi. *adde inf. p.2. disp.22. th.1. lit. G.* Jure Sax. servitutes omnes praescriptione triginta unius annorum adquiri & extingui indubitatum est, per ea quae notavi *d. disp.22. th.4. lit. M.*

IX.

De titulo quaesitum est, num is quoque hoc casu ut in rerum corporalium usucapione *a* de necessitate requiratur? item num etiam scientia Domini? prius affirmamus *b*: posterius negamus *c*.

a) *in princ. Inst. de usucap. l.8. in princ. C. de praescr. 30 ann. l.4. C. de praescr. long. temp. l.24. C. de rei vind.* b) *d. l. ult. ibi:* bono initio possessionem tenentis, *Duar. d. c.34. Hot. lib.8. obs.11. Diss. Cost. in l.10. si serv. vind. vide Caepol. de serv. urb. c.20. n.8.* c) *d. l. ult. in fin.* ibi nulla scientia vel ignorantia expectanda. *faciunt notata sup. disp.11. th.17. lit. A. Diss. Cost. in l.20. de serv.* vide aliter distinguentem Don. *d. lib.11. c.12.*

X.

Servitute constituta ultra quàm ad praedii dominantis utilitatem facit, nemo uti potest *a*, adeoq; servitus, nisi quae praedio utilis est, constitui non potest *b*.

a) *l.5. 24. 29. de serv. rust.* sic qui aquam per plurium praedia ducit, neq; eorum cuivis, neq; alii vicino poterit haustum ex rivo concedere, nisi pacto vel stipulatione illud initio conventum sit, *l.33. §. ult. de servit. rust.* vide tamen distinctionem Hotom. *8. obs.11. Gothofr. in d. l.24.* à qua dissentit Bart. *in d. l.33. Donell. 11. comm.14 in fi.* Quod si postea talis conventio interposita fuerit, ea ex aequitatis ratione vel Praetoris auxilio sustineri potest, *Donell. d. c.14. Dissent. Anton. Fab. lib.5. conject. c.11.* nec necesse est ut pro verbo (fructus) *in d. l.33.* ponatur (servitus) *arg. l.1. de usufr. leg.* quod facit Faber *d. c.11.* ubi itidem immeritò reprehendit eos, qui docent priorem rationem JCti *in d. l.33.* referendam ad dominos soli, posteriorem ad quemlibet alium, quod facit Cujac. *tract.9 ad Afric. ad d. l.33. mihi fol.572.* b) *l.15. de servit. & arg. d. l.5. l.24. & 29. Hot. lib.8. obs.11.* (ubi quoq; verba dedere, ducere, *ex l.10. eod.* prorsus tollit, quorum tamen ducere rectè retinetur.) *Dissent. Robert. lib.3 sentent. c.24. Coras. in praelud. tit. de servit. Costal. in d. l.15. Pac. cent.3. antin. quaest.55. vide Govean. lib.1. var. lect. c.15.*

XI.

Porrò si quid est quo sine servitute constituta rectè uti non possit dominus, aut ipse usus sit inutilis, id omne unà cũ servitute tacitè concessum intelligitur *a*, quare si loco per quem iter aut via constituta est, uti propter inaequalitatem commodè non possit, illum complanare licet *b*.

a) *arg.*

a) *argu.l.2.de jurisd.l.3.§.3.l.15 de serv.rust.* b) *l.10.de serv. l.20.§.1.de serv.urb.vide Cæpol.de serv.rust.c.1.num.*15. ne tamen ultra quàm itineris aut viæ causa necesse est, fiat,*d.l.*20. atq; ideò rectè indifferenter omnes servitutes opus novum nunciari posse concludimus, *l.un.* §.3. *de remiss. l.15.de servit.urb.l.6.§.ult.si serv.vind. l.5.§.9.l.8.in princ.l.9.de nov.oper.nunc.l* 47.*fam.ercisc.fac.l.13.§ 1.de serv.rust.Coras.lib.5. miscel.c.ult.Diss.Duar.lib.2.disp.c.17.Pac. cent.3. ant. q.* 57. qui distinguunt inter urbanas & rusticas,*item Hotom. lib.2.resp.amic.c.17.* qui distinguit inter servitutes quæ in non faciendo & quæ in patiendo consistunt. *Aliter diss.Cujac.lib.1.obs.17.vide Zas.lib. 1.sing.resp.c.9.Ravard.lib.4.var.c.2.*

XII.

Loci verò corpus quo servitus constituta est dominii jure non ad eum cui servitus debetur pertinet *a*, quamvis servitutis dominus non ineptè dicitur *b*.

a) *l.4.in princ.si.serv. vind.* atq; ideò qui fundum vendidit, & aquam latam pedes decem excipit, non dominium loci, sed servitutem excipit, *l.*30. *de servit. rust.* b) *arg.l.2.§.1.si serv.vind.l.15.§.8.qu. vi aut clam. l.ult.de itin.act. pr. l.20. in pr.de serv.urb.*nullas tamen sive rusticæ sive urbanæ fuerint pignori dare potest. *Duar. d. lib.2.c.13.Donell.in tr.de pign.c.*10.*Mudæus de pign.c.qua res obl.n.16. Diss.Cujac.lib.15.obs. 5.& in par.C.si al.res pign.Hot.in tr.de pign.& hypoth.c.3.& lib.6.obs.25.Ant.Fab.d.c.11.in fin.*qui illud tantùm de urbanis affirmant.

XIII.

Cæterùm de servitutibus hisce in rem actiones (ad exemplum earum quæ ad usumfr. pertinent) proditæ sunt tam confessoria quàm negatoria *a*, quæ dupliciter à vindicatione rei corporalis differunt *b*.

a) *l.2.in princ.si serv. vind.* § *æquè, Instit.de act.* Et sanè quædam actio propriè confessoria & negatoria dicitur, quædam impropriè. Propriè, quæ & verborum figura & vi ipsa sit ejusmodi: impropriè, quæ aliud verbis, aliud reipsa demonstrat, *Vult.lib.1.discept.c.5.Cujac.in par.si serv.vind.& tract.9.ad Afric.in l.15. de nov. oper.nunc. in fin.Donell.ad §.æquè, n.5. & d.lib.11.c.15.* b) I. quòd hæc unica sit, illa verò duplex. II. quòd illa non tantùm non possidenti,sed etiam possidenti detur: Hæc verò non possessori, sed tantùm in possessorem, *d.* §. *æquè*, vide hæc eleganter explicantem *Vult. d. c.* 5.*fol.* 57. ubi itidem inquirit quisnam unicus ille casus sit, cujus Imp. *in d.*§ æquè meminit, dicens hunc totidem locis in D.reperiri, quot locis probandi onus in actione reali incumbit reo possessori,qui non ultrò,id est, non prior ad judicium provocavit,sed conventus est,reperiturq; *in l.19.§.ult.l.21.22.de probat.l. sive possidetis, l.jubemus,C.eod. Diss.Æmil. Ferret. in d.* §. *æquè*, qui emendat text. quem reprehendit Rob.*lib.1.recept.lect.c.18.* emendationem tamen approbat Donell. *ad d. §.æquè.Aliter diss.Coras.lib.3.misc.c.3.item Robert.d.loc.*

XIV.

Datur autem actio confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit *a*,negatoria domino qui negat *b*.

a) *d. l.* 2. & quidem verus dominus directam habet actionem, utilem verò bonæf. empt. *argu. l.18. de pign. & hypoth.* vasallus, *d.c.un.de invest.de re al.*emphyteuti-

reuticarius, *l.16.de servit.& ibi Cost.* & creditor, *d.l.16.9 de op.nov.nunc.l.un. §.ult. de remiss.* quod si servitus rei communi debetur, unicuiq; in solidum competit actio, ut & servitute à re communi debita unusquisq; in solidum convenitur, *l.4.§.3.l.6.§.4.si serv.vind.vide Hot.l.7.obs.1.* d) *d.l.2.4.§.7.l.6.§.3.eod.* dominium autem in hac actione eo demum casu, quo in fundi possessione actor non est, probare debet, *Mynf.cent.1.obser.19.* Cæterùm has actiones etiam pro aliis juribus incorporalibus competere affirmamus, *arg.l.9.§.2.in fi.de damn.inf.& ibi Goth.l.ult.de arbor.cad. Cost.in l.11.si serv.vind.Diff.Vaud.lib.2.q.27.* servitutis probatio quomodo facienda sit, & an per subditos servitute utentes fieri possit, *vide Modest.Pist.1.cons.7.*

XV.

Porrò eventus harum actionum est, ut victori officio judicis & res præstetur & cautio *a*: quinimò fructuum quoque rationem haberi certum est *b*.

a) *l.7.12.si serv.vind.* ubi illa verba (aut res præstetur aut cautio) disjuncta pro conjunctis accipi debent: quod sæpè fit in usu juris, *l.53.de V.S.Don.d.lib.11.c.15.* Cautio autem hoc continet, ut caveat adversarius, neque se neq; successores suos quicquam facturos quo jus nostrum lædatur, *d.l.7.* In hac autem cautione non requirimus fidejussores, quos tamen in satisdationibus prætoriis etiam hodie intervenise necesse est, *l.7.de prat.stip.l.1.qui satisd.cog.junct l.1.§.1.de prat.stip.fac.l.27.C.de Episc.& cler.l.ult.§.5.C.de cur.fur. Novell.53.c.2.& c.3.§.2 Nov.112.c.2.Diff.Wes.in par. D.qui satisd.cog n.7.& com.Dd.* b) *l.4.§.2.l.6.§.6.si serv.vind.* qui autem fructus servitutis esse possint docet JC *in d.l.4.§.2.* Adversus eum verò qui servitute vel libertate nos uti aut per se aut per alios prohibet, & sui potestatem non facit, ne secum agi possit, *ex l.18.eod.* succurritur.

XVI.

Amittuntur deniq; servitutes tam rusticæ quàm urbanæ confusione *a*, & remissione *b*: servitus autem ab herede fundo sub conditione legato imposita, legati conditione existente extinguitur *c*.

a) *l.1.quem.serv.amitt.* quod si partis tantùm dominus fiat, pro parte retinetur servitus, *l.8.§.1.de servit.l.30.de serv.urb.* perinde atq; cum pluribus fundis iter mihi debentibus, medium acquiro, *l.15.quem.serv.amitt.* b) *arg.l.14.§.1.de servit.* remissio autem non solùm verbis fit, sed etiam si re aliqua vel facto idipsum se velle dominus declaraverit, *l.8.quem.serv.amitt.* c) *l.11.§.1.eod.l.105.de condit.& demonstr.* id autem heres jure facere potest, qui pendente conditione dominus est, *l.12.§.1.fam.ercisc.l.66.de R.V.l.1.§.4.de SC.Syllan.l.4.si usufr.pet.* quod si acquisitæ interea quædam fuerint, legatarium sequuntur, *d.l.11.in fin.* Num verò interitu rei amittantur, non satis expeditum est. *Affirmat Wes.in par.D.quem.serv.amitt.n.4. Negat Donell.d.lib.11.c.ult.in fin.* cujus sententiæ & nos accedimus *per l.20.§.2.& ibi Costal.de serv.urb.l.13.in pr.de serv.rust.l.14. quem.serv.amitt.* morte tamen nec naturali nec civili amitti certum est, *l.3.quem.serv.amitt.* nec dubitari debet, dominum fundi servientis non posse ex pascuis agrum facere, in præjudicium juris pascendi, quod alter in fundo habet, nisi id habeat tantùm certo anni tempore, wenn die Feldmarck offen seind / *Cæpoll.d.tract.c.9.num.40. Mod.Pist.cons.7.in fin.adde Novell.Elect.Aug.p.2.c.41.ibiq; Dan.Moller.*

XVII.

Etiam non utendo amittuntur *a*, sed aliter rusticæ, aliter urbanæ. In illis enim requiritur ut nemo servitute constituta sit usus, tum ut ne usus per totum constitutum tempus. In his præter hæc duo requiritur, ut is qui servitutem debet, vicino non utente simul & ipse per idem tempus libertatem ædium suarum usuceperit *b*.

a) servitute autem non uti etiam intelligitur is qui loco quidem utitur serviente, non tamen ut servitute, *l. ult. quem. serv. amitt.* item is qui loco serviente utitur jure servitutis, non tamen servitute constituta, *l. 10. §. 1. l. 11. in princ. l. 18. in pr. eod.*
b) *l. 7. ibi idem, & de l. 18. d. t. l. 16. de serv. urb. l. 4. §. ult. de usuc. & ibi Cujac.* tempus autem est inter præsentes 10. inter absentes 20. annorum spacium, *l. 13. C. de servit.* Num verò differentia ante tradita *per d. l. 13.* sublata sit nec ne, ita, ut & hodie libertas in rusticis usucapi debeat, dubitari potest? Negantium opinio verior. Bonam fidem quoq; in libertate præscribenda requiri verius putamus *arg. d. l. 6. & ibi Costal. per l. 1. C. de serv. Cæpol. de serv. urb. c. 20. nu. 4. Diff. Coras. in l. 4. de serv.* Iter autem sepulchro debitum non utendo nunquam amittitur, *l. 3. quem. serv. amit.* ratio tamen non est relligio, nam & tum ne quidem remitti posset, quod tamen fieri potest, *l. 14. §. 1. de serv. vide Donell. d. lib. 11. c. ult.*

XVIII.

Quando fundus per latitudinem viæ rectè divisus dicatur, non ineptè quæritur: An tum, cùm funiculus dividens per transversam viam extenditur, ita ut signum crucis in prædio efficiatur, nec eadem longitudo maneat *a*? An verò tum, cùm ipsa latitudo & superficies viæ ab initio ad imum dividitur, ac per hanc divisionem ita fundus, ut utraq; pars fundi partem viæ sibi adjunctam habeat latitudine divisa angustiorem factam, at manente eadem longitudine quæ prius fuerat *b*? Hoc verius videtur.

a) quæ sententia est Hot. *lib. 1. resp. amic. c. 19. & Cujac. lib. 14. obs. 11.* b) quæ sententia est Donell. *d. lib. 11. c. ult.*

DISPUTATIO XVIII.

De L. Aquilia & noxalibus actionibus.

Respondente M. Burckhardo Lucano Marpurgensi.

THESIS I.

Damnum *a* est omne detrimentum, quod alter per alterum sentit, aut sentire potest *b*: idq; vel injuria fit, vel sine injuria *c*. Hoc, cùm quadrupes sive animal brutum alicui damnum dedit *d*: quod vel pecus est vel bestia *e*:

a) quod à deminuendo dicitur, *l. 3. de damn. infect.* Connexionis autem hic ea ratio est, quòd noxales actiones etsi personales sunt, multum tamen habent affinita-

finitatis cum realibus, quia utræq; dominis dantur, itemq; adversus dominos. *Cujac. par. si quadr. paup. & ibid. VVes. nu. 1.* b) quæ definitio hoc loco generaliter præmittenda facilè colligitur *ex l. 1. §. 3. d. tit. l. 1. ad l. Aqu. l. 1. pr. qui effud. & passim tot. tit. de noxal. act.* Itaq; damni appellatione etiam impensæ continebuntur. *Alex. 4 vol. cons. 14. in fin. Diss. vulgò Dd. per c. nostra, de injur. & damn. dat. & ibi Abb. idem in c. fin. nu. 61. de rescript. Lud. Roman. in sing. 342. Rip. ad d. l. 3. nu. 8. & seqq. vide Ias. in l. un. §. fin. si quis jus dic. non obt.* Ita & furtum damni appellatione continetur. *Gothof. in not. ad d. l. 3.* licet propter illud gravior actio detur, cùm nunquam fiat sine dolo: *confer l. 27. §. 15. l. 31. ad l. Aquil. §. 13 Inst. eod.* adeoq; statutum, quod de damno dato stetur æstimationi illius qui damnum passus est, etiam locum habebit in furto, *per dd. ll. Diss. Bald. in l. 5. § fin. naut. caup. stab. vide Ioan. Andr. in addit. ad Spec. tit. de emt. & vend. §. nunc dicendum, verb. ubi autem.* c) quæ distributio itidem colligitur *ex d. l. 1. §. 3. si quadr. paup. & d. l. 1 pr. ad l. Aquil.* Injuriæ autẽ rursus duplex est acceptio, *ut dicetur inf. th. 7.* d) idq; damnum in specie pauperies appellatur *t. t. D. & Inst. si quadr. paup.* adeoq; sine injuria fit, quia ut juris ita injuriæ bruta sunt expertia, *d. l. 1. §. 3.* Rei autem inanimatæ multò minus culpa ulla tribuitur, ut Acc. ibid. annotavit. Nam *l. 5. §. 7. commod.* culpam non dicit, quòd machina committat culpam: sed dicit culpam eo casu esse commodatarii machinam minus diligenter ligantis. Quod autem de quadrupede dicitur, illud interpretatione etiam ad alia animalia trahitur, ut gallinas, &c. *l. pen. si quadr. paup.* e) *l. 2. §. ult. ad l. Aquil. arg. l. 1. §. 5. & 7. si quadr. paup. vide Cujac. ad Paul. 1. sent. 15.*

II.

Pecus est, quod gregatim sub imperio pastoris pascitur *a*: unde est actio *de pauperie*, quæ tum competit, si pecus proprio motu *b* contra naturam *c* sui generis damnum dedit: & datur ei cujus interest *d* adversus eum qui eo tempore quo de damno quæritur dominus noxiæ quadrupedis erat *e*, ut aut noxa sarciatur, aut quadrupes noxæ dedatur *f*: licet nonnullis casibus in solidam damni æstimationem fiat condemnatio *g*.

a) *§. 1. Instit. ad l. Aquil. l. 2. §. 2. eod. l. 65. §. 4. de legat. 3.* ex quo loco autoritatem Homeri allegat Justin. *in d. §. 1.* unde eosdem versus qui *in d. l. 45.* allegantur, *in d. §. 1.* reponendos primus monuit Alc. *2. prætermiss.* cùm vulgò alii irrepsissent. b) nam si culpa hominis præcesserit, Aquilia datur, *l. 1. §. 4. & seq. hic, l. 11. §. 5. l. 52. §. 2. ad l. Aquil.* si alia quadrupes aliam concitavit, actio competit ejus nomine quæ concitavit, *d. l. 1. §. 8. & §. 11. hic.* Non tamen *ex d. §. 11.* colligitur, propulsationem injuriæ competere animalibus: nam aliud est defensio, aliud injuriæ propulsatio. *vide sup. disp. 1.* c) nam si damnum det agendo secundùm suam naturam, ut si gramina depascat, actio alia dabitur, nempe de pastu pecoris, quæ & ipsa erat *ex l. 12. tab. Cuj. d. loc. adde l. 14. §. 3. de præscr. verb. l. ult. C. ad l. Aquil.* quam rectè intelligit Bald. de eo qui facit depasci pratum alterius. Quid igitur, si non impulsa quadrupes in alieno pascatur? Actio in factum datur contra dominum, qui eam non custodit, *Mynsi. ad pr. Inst. hic, num. 9.* Et jure Saxon. nemini licet pecus suum in alterius fundo pascere, sive is cultus sit, sive incultus, *Zobel. 2. diff. 34. & 35. vide tamen Reinh. p. 6. diff. 38.* Nec verò quadrupedem in agro inventam & damnum dantem includere licet impunè, *l. 39. in fin. & ibi Costal. ad l. Aquil. Old. class. 6. act. 19.* nisi eatenus fortè, ut in-

telligatur quis dominus sit quadrupedis, *arg. l. 25. ad leg. Iul. de adult.* non etiam eatenus ut satisdatio interponatur, ut rectè Oldrad. *per d. l. 39.* concludit. *Wesenb. par. hic. nu. 6. Diss. Bart. Zas. & multi per l. 9. §. 1. de damn. infect. l. 8. de incend. l. 4. §. 5. ad exhib.* quæ ll. tantùm de inanimatis rebus loquuntur. Jure tamen Saxonum hæc posterior opinio approbatur. Landrecht *lib. 2. art. 47. & 48. Zobel. 2. diff. 36. Fachs. diff. 69. Reinh. p. 5. diff. 18. Coler. p. 1. de proc. execut. c. 3. n. 75. cum seqq.* quod si dominus talia animalia aresto inclusa contumaciter negligat legitimo modo redimere, tunc pro singulis noctibus cogitur trinos solidos persolvere, *Coler. d. c. 3. nu. 66. & seqq. Fachs. d. diff 69. Nov. Elect. Aug. p. 2. c. 27.* quod intellige præter satisfactionem damni dati, neben dem gewöhnlichen Pfandschilling vnd abtrag deß Schadens. alia est pigneratio, quæ fit juris sui conservandi, vel præscriptionis juris alicujus in contrarium interrumpendæ causa, de qua notavi *infra p. 2. disp. 22. th. 5. lit. C.* d) *l. 2. hic.* e) *d. l. 1. §. 12.* f) *d. l. 1. pr.* g) ut si quadrupedem suam esse negaverit, *d. l. 1. §. 15. arg. auth. qui contra, C. de non num. pec. l. fin. C. de R. V. Wesenb. par. num. 6.* aut alternativè condemnatus, & neutrum præstans ex re judicata conveniatur *l. 29. §. 5. de her. pet. l. 6. §. 1. de re jud.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed pauperies æstimatur arbitrio judicis, *ex Ordin. Imp. c. 130. notat Wesenb. d. num. 6.* Tandem notandum, transitoriam esse hanc actionem in omnem successorem, non jure successionis, sed dominii, quod ipsum etiam ad affinitatem cum actionibus realibus referri potest, *l. 1. in fin. hic, §. omnis. 5. Inst. de noxal. act.*

III.

Bestia est quæ gregatim sub imperio hominis non pascitur *a*: quæ si extra custodiam domini constituta damnum dederit, nulla actio competit *b*: si in custodia, utpote malè vel non satis asservata damnum dederit, ex ædilitio edicto in factum agetur contra dominum *c*.

a) eaq; rursus in cicurem & feram distribui potest: *confer d. l. 1 § 5 & 10. §. fera igitur. Inst. de rer. div. § 1. vers. deniq. Inst hic.* Sed cur de suibus dubitatum fuit olim, an pecudum nomine venirent? partim quia frequentius glande quàm gramine, & dispersim potius quàm gregatim pascuntur, *ut not. Hot. in d. §. 1.* partim quòd soli ex omni mansueto pecore agriculturæ nihil prosint, nec hominum labores sublevent, *Scip. Gent. 2. parerg. 8.* qui eadem de causa putat nihil à Virg. in Georg. actum de suibus, cujus rei rationem doctis indagandam reliquit Pet. Victorius *lib. 17. var. lect. c. 11.* b) *d. l. 1. §. 10 arg. l. 3. § fin. de adq. dom. §. 12. vers. planè, Inst. de rer. div.* c) *l. 40 & seqq. de æd. edict.* de cane olim fuit lex Pesulania, vel ut Cujac. ad Paul. *1. sent. 15.* legit Solonia, ad quod allegat Plutarch. in Solon. cum hac tamen actionem utilem de pauperie concurrere certum est, *per l. 4. hic.* & sic accipi debet *§. fin. hic:* & de pauperie, *Inst. hic. Paul. d. lib. 5. sent. c. 15. & ibi Cujac. ad §. feram.*

IV.

Injuriâ damnum datum intelligitur, cùm homo damnum dedit *a*, ad quod sarciendum competit actio *legis Aquiliæ b*: quæ est plebiscitum antiquissimum *c*, nominata à quodam Aquilio Tribuno plebis, qui eam legem loquentem de damnis rogata *d* plebe Romana tulit *e*, per quam solam vis temeraria & imprudenter facta plectitur *f*.

a) *l. 1. pr. l. 2. & passim, ad leg. Aquil. l. 1. pr. qui effud. arg. à contrario sensu, ex d. l. 1. §. 1.*

§.3.*hic.* b) jure lex dicitur, quia ex lege Horatia primùm, deinde Hortensia attributa iis est autoritas, ut inter plebiscita & legem species constituendi interesset, potestas autem esset eadem, *l.2.§.8.de orig.jur. ubi Cuj. adde Govean.1.var.lect.22. Agell.10.noct.Attic.20.§.plebiscitum, ubi pulchrè Hotom. Institut. de jur. nat. gent. & civ.* Ita, ut ait Modest. *in l. pen. de LL.* omne jus aut consensus fecit (puta legem & plebiscitum) aut necessitas constituit (puta SCtum & constitutiones Principum) aut firmavit consuetudo (puta jus non scriptum) quod ex Græcis haustum, quorum studiosissimus fuit Modestin. eleganter annotavit Cuj.14.*obser.16.& Scip. Gentil.2.parerg.19. Diss.Hot.6.obs.4.* c) nec enim satis constat, quibus temporibus scitum sit, apparet tamen antiquissimum esse, cùm de eo disputârit Q. Mutius *l.39.hic, Cic.pro Q. Rosc.Hot. Wes.pr.Inst.hic.Diss. Accurs. & vulgò Dd. quos sequitur & Mynsf. ibid. n.ult.* putantes eam appellari à C. Aquilio Gallo, à quo Aquiliana stipulatio nomen traxit, & cujus memoriam nobilitat difficilis illa *l. Gallus, 29. de lib.& post.* & cum hac opinione in Lexic. suo, ubi Catalogus est legum Romanarum, transire videtur sibi contrarius Hotom. Sed duo maximè adversantur. I. quòd hunc Aquilium Prætorem fuisse legimus sæpe, Tribunum nunquam, quod ego meminerim. II. quòd Aquilius hic multò recentior fuit Q. Mutio, qui tamen, ut constat *ex d.l.39.* de l. Aquilia disputavit, *confer l.2.§.41. & seq. de orig. jur.* d) rogationes communes erant legum, plebiscitorum, SCtorum, ut latè & eleganter docet Barn. Brisson. *lib.2. de form. pop. Rom.* in specie verò populi erat jubere, plebis sciscere, Senatus censere, ut constat *ex Cic.pro Flac. Liv.lib.*10. & 31. ac planè auctoritas in Senatu, potestas in populo fuit, *Cic.2.de LL.* Et illud obiter noto, auctoritate rectius videri dictam ab antiquo verbo AUQUEO, quod est incipio: quàm ab augeo, ut Hot. *ex orat. pro Cæcin.* colligit, vel ab origine Græca, ut pleriq; existimant. e) non in monte Aventino, *ut Azo in summ. C. hic.* nescio quo auctore docet: *vide Agell. d.c.20. Sich. ad rub. C. hic, n.2.* f) itaq; punitur hac lege etiam is qui ignorantia aliqua deliquit, *l.1.pr.de LL.* & proinde mirum non est in l. Aquilia etiam levissimam culpam considerari, *l.44. hic.* etiamsi propositum lædendi non adfuerit, *l.5.§.1.hic, Abb. & Canonist. in c. si egressus, & in c. si culpa, de injur. Henning. Gœden. consil.103.n.34.*

V.

Ejus legis hodie duo sunt capita *a*: quorum prius locum habet quando damnum datur, alienum *b* servum aut pecudem occidendo *c*: alterum caput ad cætera damna omnia pertinet *d*.

a) olim tria fuisse apparet *ex l.27.§.4.hic, §.c.12. Inst.eod.* illud autem caput, quod jam Justiniani tempore in desuetudinem abierat, *Cuj. in par. C. hic.* putat fuisse de intercepta nobis utilitate, & exemplum allegat *ex Plin. lib.9. nat. histor. c.59.* sequitur Goth. *in not. ad d.l.27.§.4.* b) proprium enim servum occidere dominus potuit, *§. in potestate. Inst. qui sui vel al. jur.* quod introductum est cum ipsa servitute, cùm servi fuerint hostes servati, hostem autem captum jure naturæ interficere liceat. Unde qui servum debebat, si eum justè occidisset, liberabatur, *l.53.§.3. de legat.1.l.69. de V.O.* Verùm postea constitutione D. Antonini factum est, ut quoad occisionem non plus liceret in servum nostrum quàm alienum, *vide Hot. ad d.§.* c) quacunque ratione id fiat, nihil interest, *l.7.§.hic, l.4. de lib. agnosc.* quia in l. Aquilia non animum sed eventum spectamus, contra quàm in actione l. Corneliæ de sicariis. d) *l.27.§.5.& aliquot seqq. hic, §. capite 13. Inst. eod.* ideoque hoc caput pertinet

tinet non tantùm ad omnia animalia, sed etiam ad res inanimatas. & ideò Aquilius verbo REI usus est, quod latissimè patet *l.5. & ibi Rebuff. de V.S.* itaque re quavis quocunq; modo culpa nostra deminuta erit ex hoc capite actio, *arg. d. l.27. & l.15. §.2. l.15. §.3 de usufr. & arg. l.3. de dam. infect.* Huc pertinet controversia: Si navis fune rupto, aut cùm a nullo regeretur incurrisset, & sic damnum dedisset, an eo nomine in dominum danda sit actio? Acc. eumque secuti vulgò Dd. negant *per l.29. §.2. ad l. Aquil.* contrarium tamen videtur verius. *A. Fab. 5. conj. 17. in pr.*

VI.

Ut autem in priore, ita & in posteriore capite dolus & culpa veniunt, differentia *a* tamen in damni æstimatione consistit; quia in illo fit æstimatio à tempore damni dati retrorsum numerando, quanti plurimi servus vel pecus eo anno *b* fuerit: in hoc verò tanti æstimatur damnum datum, quanti plurimi res fuerit triginta *c* diebus proximis. Illud generatim definiri potest, in toto hoc tractatu æstimationem redigendam esse ad commune judicium, non ad affectionem singularem *d*: item, in æstimationem venire omnes expensas ratione læsionis contingentes etiam operarum cessantium & impeditarum, tam futurarum quàm præsentium *e*.

a) quæ satis probatur ex collatione *l.2. & 27. §.5. hic.* item ex collatione *pr. & §.13. Inst. eod.* eam tamen ab imperitis advocatis longo fori usu quasi obliteratam, in libellis, qui quotidie in casibus hujusmodi fiunt, non attendi testatur Sich. *ad rub. C. hic, n.13. & seq.* b) *d. l.2. l.21. §.1. l.23. §.3. hic.* Unde dicitur lex Aquilia oculos habere retrò. *Sneid. ad pr. Inst. eod. adde Arn. Haersolt in advers. ad h.t. & vulgò Dd. ad §. his autem verbis. Inst. hic, per illum text.* Annus autem accipitur non utilis, sed continuus, *l.51. §.2. hic.* & cautius est in libello hujus actionis exprimere tempus quo damnum datum est, *ut post Ang. Aret. notat Sich. ad rub. C. hic, n.15.* etsi verum sit, ea mentione omissa libellum non vitiari. *Bart. & com. Dd. ad §. ex maleficiis. Inst. de act.* ubi distinguunt inter actiones famosas & non famosas. Legis verò Aquiliæ actionem cum infamia non esse conjunctam verè dicitur *arg. l.27. §.30. & ibi gloss. hic, junct. l.2. rer. amot.* c) *d. l.27. §.5. l.29. §. fin. hic, d. §.13. Instit. eod.* Ratio porrò differentiæ, cur in priore capite æstimatio ad annum, in posteriori ad triginta tantùm dies fieri censenda sit, rectè assignata est ab Azone *in summ. C. hic, quem glos. in d. l.2. & vulgò Dd. sequuntur:* quia in illo majus, in hoc minus damnum versetur. *Diss. Io. glossogr.* qui rationem diversitatis afferri posse negat. d) *l.33. pr. l.21. §. fin. & l. seq. hic adde l.62. in fin. l.63. ad l. Falc. §. illud 10. ubi post Dd. notat Crispi. ex A. Cont. Inst eod. Sneid. ad rub. ibid. n.11 l. un. C. de sent. pro eo quod interest. vide Rob. 3. sent. 14. Diss. Costal. in l.3. de in lit. jur. Alc. in d. l. un. §. superest. & alii.* e) *arg. l.3. si quadr. paup. l.1. & l. fin. qui effud. l.7. §.4. hic, ubi vide gloss. Wes. par. ibi n.7.* quod etiam verum est remissâ injuria: sunt enim hæc inter se distincta. *Anchor. & Abb. in c.1. de injur.* licet pecuniam pro remissione injuriæ accepisset, *gl. in c. si canonici, de off. ord. in 6. Ang. in §. ult. Instit. de injur. Covar. 2. var. resol. 10. n.7. vers. quartò eodem jure. Gomez. 3. var. resol. 3. n.37. & 6. nu.9. & 10.* & merces operarum solvenda est juxta eam æstimationem, quam ipse consecutus foret, si verè operaretur. *Covar. d. loc. Diss. Io Major q.19. ad lib.4 sent. P. Lombard. dist.15. q.3. vide plenè Dominic. Sot. lib.4. de just. & jur. q.6. art.3.*

VII. Inju-

VII.

Injuriâ autem damnum accipimus, quod nullo jure illatum est, quodque caveri vel potuit, vel debuit *a*. Unde consequens est eum qui vim vi repulit, hac actione non teneri *b*: in quo tamen requirimus semper *c* moderamen inculpatæ tutelæ, ut defensio fiat in continenti *d*: non æqualitatem armorum *e*: & ne quidem ad fugiendum teneri eum, cui vis infertur, putamus *f*.

a) itaque hîc injuriæ vox omnem culpam includit, *ut dixi sup. thes.4.in fin. adde §.injuria,2.& ibi vulgò Dd.Inst.hic.l.5.§.1. & seq.l.27.§.8. & seq. l.45.§.2.l.52.§.2.hic.* in injuriæ autem actione pro contumelia tantùm accipitur, *l.1.pr.de injur.d.§.2.* & ideò cùm concurrunt hæ actiones, duæ sunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ, *d.l.5.§.1.& not.th.prox.lit.E.* Cùm igitur nec levissima culpa ab hac actione excuset *l.44.hic.* mirum non est, etiam præceptorem, maritum, &c. si in castigatione discipuli, uxoris, &c. modum excesserit, ex l. Aquilia conveniri posse, *d.l.5.in fi.& l.6.& ibi Dd.Clar.5.sent.§.fi.q.56.vers.post etiam, vide Alex.4.vol.consl.115.n.2.Men.2.arb.jud.cent.4.cas.364.nu.9.* b) *l.4.& seq.l.45.§.4.hic,l.3.de just.& jur.cap.2.de homicid.l.9.ad l.Corn.de sicar.l.1.C.unde vi,l.1.& 2.C.quand.lic.un.sine jud.se vind.l.1.§.27.l.3.§.9.de vi & vi arm.l.2.l.3.C.ad l. Corn.de sicar.l.4. C. ad l.Iul.de adult. Gom.3.resol.3.nu.20.Romul.de homicid.p.1.n.50.Clar.§.homicidium, nu.24.Geil.2.obs.110. Cov.in clem.si furiosus,p.3.§.1.n.1.* Quod adeò verum est, ut ne quidem feudo privari vasallus possit propter vim quam sui defendendi causa contra dominum adhibuit, *gl.Alvar.Prapos.in c.1.§ porrò qua fuit prima causa benef.Laudens.in c.1.§.similiter,quib.mod.feud.amitt.n.13.Curt.p.4.n.30.& seq.p.5.n.7.Zas.p.10.n.120.Tho. de Marin.ti.3.n.28.vide Rosenth.in synops.feud.c.10.n.22.* An verò ad defensionem famæ, si simul armis vim non inferat adversarius, factum homicidium omninò à pœna excusabit? Minimè, quia retorsioni verbali locus erat: & quia *d.l.3.* in specie de eo loquitur, quod ob tutelam corporis fit; *adde Clem.1.de homicid.d.l.2.& 3. C. ad l. Corn. de sicar.l.1.C.ne quis in sua causa,l.13.quod met.caus.Romul.de homicid.p.1.n.39.Zoann.tr.defens.p.1.nu.54.* (*Diss. Ang.in d.l.2.C.ad l.Corn.de sicar.Clar.d.§.nu.26. Vasq.1.illustr.controv.11.n.10.Borch.tr.de feud.c.7.num.43.Geil.d.obs.110.n.3. Menoch.2.arbitrar.110.n.6.Soar.thes.rec.sent.lit.H.num.121.& seqq.*) sed extra ordinem tale homicidium coercetur, *Geil.d.obs.110.n.19.Romul.d.p.1.nu.127.Salomon.in d.l.3.n.16.& seq.de just.& jur.* c) sive defensio fiat occidendo, sive tantùm lædendo, *arg.d.l.1.C.unde vi.* quæ indistinctè loquitur. *Diss.vulgò Dd.in d.l.1.& d.l.3.* qui moderamen inculpatæ tutelæ tantùm ad defensionem occidendo factam requirunt. d) *arg.d.l.3 verb.propulsemus,& d.l.45.§.4.l.52.§.1.Cuj.5 obs.18.vide P.Fab.2.semestr.2.Diss.gl.Bald.Ias.Castr.& pleriq. in d.l.3.Sneid.in §.jus aut.gent.Inst.de jur.N.G.& C.n.15.Conna.1.com.6.* Nec facit huc distinctio Bart. *in d.l.1.n.8.* quem sequitur ibi.Jas.*n.25.* quòd nimirum vis in personam propulsari debeat in continenti: in rem verò propulsari possit etiam post biduum vel triduum: quia tum fieret vindicta, quæ indistinctè prohibetur, nisi fiat legitimis actionibus. *Cuj.d.c.18.* e) *d.l.3.* & facit optimè *l.3.C.ad l.Corn.de sicar. Diss.gl.in d.l.1.verb.moderamine.Bar.n.7.Castr.Ias.Zas.ibi.* f) propter periculum lapsus, *Ias.in d.l.3.in fi.Vasq.1.controv.illustr.18.Wes.cons.19.n.17.& ad d.§.2.Inst.hic.* quo videtur facere constitutio criminalis Carol.V.*art.140.ibi*: Ohn gefährligkeit seines leibs/lebens/ehren vnd guten Leumuts. vide plurimos pro

hac

hac opinione allegatos apud Clar.5.*sent.*§.*homicidium.n.*31.(*Diss.Bart.in d.l.3.in fi.*) *vide inf.p.2.disp.*32.*th.6.* Quid, si confessus sit aliquis, se hominem occidisse, sed id ad sui defensionem, atq; de defensione nō possit apparere, puta si in loco solitario factum sit, quid statuetur? ex personarum & facti circumstantiis definiendum esse, post veteres quosdam tradit Fachin.1.*controv.*27. si tamen conjecturæ cessent, nec ullum argumentum appareat necessariæ defensionis, supplicio afficiendum; *argu.l.1.C.ad l. Corn.de sicar.c.1.de præsumt.l.* 5. *C. de injur. vide Ant. Gabriel.in comm. conclus.tit.de malefic.concl.19.n.7.Fr. Sarmient.1.select.interpr.c.1.n.11. Boër.decis*164.*n.12. & seqq.* Wes.*cons.* 19.*n.27.Schrad.tr.feud.p.9.c.4.n.79.Neviz.1 sylv.nupt.n.67. & 59.Coler.in c.cum venerabilis,de excep.n.24.* Peinliche Halßgerichtsordnung *art.*143.*Nov.Elect.August.p.ult.c.8.*

VIII.

Excusatur etiam qui casu magis quàm culpâ damnum dedit *a*: unde eum qui arcendi incendii causâ vicinas ædes demolitus est, ad damnum resarciendum non teneri putamus *b*: Is verò in cujus ædibus incendium oritur, non aliter vicino exinde damnum passo hac actione tenebitur, nisi culpa certæ personæ excitatum fuisse incendium probetur *c*. Imperitia autem *d*, & casus quem culpa præcessit *e* excusationem minimè præstant.

a) *facit l.6.9.C.de pign.act.l.21.§.2.de pign.l.*13 *mand.l.5.§.4 commod l.1.§.35.in fi. depos.l.41. locat.l.2.§.7. de admin. rer. & argum.l.135.de V.S.l.27.§.9.ubi notat Gothofr.hic.*

b) *facit l.49.§.1.hic,l.3.§.7.in fin.de incend.l.7.§.4. quod vi aut clam.arg.l.1.C.ad l.Corn. de sicar.Salic.in d.l.6.C.de pign.act.n.11.Geil.2.obs.22.n.3.* Illud autem quod vulgò asseritur, domum pro salute totius viciniç dirutam communibus impensis reparari debere, vereor ut satis probetur *arg.l.1.& 2. ad l.Rhod.de jact.* cùm ibi ratio subsit longè alia: itaque placet distinctio *d.l.7.§.4. quod vi aut clam.& ibi Bart.* ut si ignis ad illam domum jam pervenisset proximè, damnum nullatenus sit vel à destruente vel à vicinis restaurandum. *Diss.Bald.in d.l.2.pr.& cons.491.Hippol.ad l.1.n.117.ad l. Corn. de sicar. Turz. in comm.opin. conclus.185. n.5. Geil.d.obs.22.n.5.ubi vide alleg.*

c) *arg.l.incendium,ubi gl.& Salic.C.si cert.pet.l.pen. de incend.Fr. Marc.decis.61.n.5.Matth.de Afflict.decis.57.n.9.* quæ probatio certa esse debet, per ea quæ tradit Geil.*d.obs.22.n.3.* Nec obstat quod alibi habitantium culpa plerunq; dicuntur fieri incendia, *l.3.§.1.de off.Præf. vig.* nam id de levissima culpa verum est: & præsumtio hæc non procedit, ubi alia indicia negligentiæ non apparent. *Afflict.d.decis.57.Geil.2.obs.21.n.3.latè Ias.in l.6.§.8.de edend.n.30.& seqq. (nec obstat l.11.de peric.& com.rei vend. malè emendata ab Hot.5. obs.11. vide Cuj.17.obs.29.)* Et eadem distinctione respondetur ad quæstionem: an conductor domino ædium de incendio teneatur, *Geil.d.obs.21. adde Mynf.6.obs.88. Moller.4. semestr.31.Costal.in l.3.de off.præf.vig.*

d) *l.7.in fi.hic,§.præterea.Inst.eod.* quod & ad advocatos, *vide Hot.in d.§.adsessores,* & quodvis artificium profitentes Dd. rectè extendunt propter generalitatem *l.132.de R.I.adde l.28.§.29.hic.*

e) *l.30.§.3.l.27. § 8.& 9.hic,c.2.de depos.gl.in c.fin. de homicid. Geil.d.obs.22,in fin.* etiam ad obstetrices, *l. 9.hic.Cuj.17.obs.27.* ita tamen, ut nisi prçsumptiones urgentissimæ sint, ex quibus dolus convincatur, non sit locus pœnæ ordinariæ l. Corneliæ: ut in casu, quem exemplificando ponit Dan.Moller. *lib.1.semestr.c.33.*

IX.

Plures lethaliter aliquem in rixa vulnerantes tenentur de occiso omnes

nes *a*, imò & ex uno vulnere lethali tenentur omnes, cùm ignoratur quis illud inflixerit *b*. Et rursus lethaliter vulnerantes non de occiso, sed vulnerato tantùm tenentur, cùm alius superveniens vulneratum occidit *c*: si autem superveniens ille vulneratum jam antè simpliciter tantùm vulneravit, isq; postea moriatur, de occiso tenebitur uterque *d*.

a) *l.11.§.2.& 4.* quod etiam verum est, etsi non omnes lethalia vulnera intulerint, *l.51.§.1.hic, & ibi not. Costal.arg.l.6.arb.furt.cas.* & ratio redditur *in d.l.11.§.2.* ex natura actionis desumta. b) *d.l.11.§.2.& d.l.51.§.1.hic,l.1.§.fi.l.seq qui effud.l.2.§.12.l.4.§.5.vi bon.rapt.Bart.in l fi.ad l.Corn.de sicar.n.10. Diss.vulgò Dd.quos allegat Clar.d.§.homicidium,n.36.* ubi tamen & ipse aliter distinguit. c) *l.11.§.3.l.15.§.1.pulchrè Cost.in l.51.hic, & paulò aliter Zas.2.sing.intell.6.num.2.* modò superveniens ille non faciat hoc de mandato & voluntate ejus qui prius vulneravit, *Clar.d.loc.vers.sed quid si reus.* Dis. variè distinguendo Dd. ut videre est apud Clar. *d.loc. Menoch.2.arb.jud.cent.4.cas.362.n.7.Covar. in relect. Clem.si furiosus, §.2.p.2.n.4.Petr.Placa.lib.1.delict.c.12.n.8.* Illud non abs re dicitur, medici assertioni standum esse, an ex vulnere inflicto, vel adventitia causa vulneratus decesserit, *c.significasti, de homicid.Clar.d.§.homicidium,n.45.Geil.2.obs.111.* d) *d.l.51.notat Goth.in d.l.11.§.2.*

X.

Actio ex l. Aquilia vel civilis est *a*, & hæc iterum aut directa *b*, aut utilis *c*: vel Prætoria in factum *d*: daturq; contra negantem in duplum *e*, & cùm origine sua pœnalis sit *f*, in heredes regulariter non datur *g*. Concurrere cum hac actione possunt & aliæ eatenus, ut vel utraq; consequamur id quod ab invicem distinctum est *h*: vel id quod in altera minus est, si leviore actione prius egerimus, consequamur per graviorem *i*.

a) *l.5.§.1.& 2.& passim hic,l.23 de furt.l.14.§.fi.de præsc.verb.* b) ex verbis l. Aquiliæ procedens, & ita dicitur vel ratione ejus, qui corpore suo in corpus damnum dedit, *§.fin.Inst.hic.* vel ratione ejus, qui ut dominus corporis læsi eam intendit, *l.11.§.6.& seqq.hic.* c) ex mente l. Aquiliæ procedens, *§.cæterum, 16.Instit.hic.* & ita dicitur vel ratione ejus, qui non corpore suo in corpus damnum dedit, *d.§.16.l.13.locat.l.1.§.7.si quadr.paup.* vel ratione ejus, qui non quidem ut dominus, sed aliud jus sive interesse in corpore læso habens eam intendit, *l.11.§.8.& seq.l.13.pr.hic.Cujac.21.obs.20.* quæ actio sæpè in factum dicitur, ut passim utiles actiones, sed intellige in factum civiles, *vide glos.in l.penult.C.hic. Gomez.3.var.resol.c.1.Hart.Pist.1.q.27.* d) *l.11.de præscr.verb.l.55.de adq.rer.dom.* & competit cùm neq; à corpore, neque in corpus, sed alio modo damnum datum est, *l.33.in fin.hic, & §.ult.& ibi Cujac.in not.Inst.eod.* e) *l.2.§.1.l.23.§.10.hic.l.4.C.eod.ubi gl.in fi.* rectè hoc de omni actione Aquilia verum esse dicit. Et idem est si negetur qualitas ex ipsa facti substantia dependens, *Sich.ibi n.10.* Et quidem duplam illam venire ex natura actionis verius est, *per d.l.2.§.1.& d.l.23.§.10.* ideoq; etiam actore non petente in eam fiet condemnatio. *Dissent.Bald.Salic.Sich.ad d.l.4.* f) quia inficiando crescit, *d.l.4.* & quia non tempus damni illati, sed retrò respicitur, *per ll.sup.th.8.adductas.adde l.23.§.8.hic.Har.Pist.d.q.27.Mynf.ad §.9. Inst.eo. Casp.Caballin.tract. de eo quod interest,num.120. Dissent. variè Dd.arg.d.§.9.ubi vide Io.Fab.& alios*: quibus benè respondet Pist. *d.loc.* g)

quia non est merè rei persecutoria, §.9. *Inst. hic.* (Unde infertur, actiones etiam ex delicto, si merè sint rei persecutoriæ, in heredes dari in solidum. *l.7.§.2. de cond. furt. Ant. Fab. 4. conject. 1. Diss. Pet. Fab. in l.38. l.157. §. ult. de R.I. Cujac. 7. obs. 37. Vult. 2. Jurispr. 6. nu. 9.* nisi lite contestata, *l.164 de R.I. d. §.9. §.1. Inst. de perp. & temp. act.* Et libero homine occiso verius est heredes ejus hac actione utiliter cædis nomine non acturos, *arg. l.7. §.4. l.13. princ. ibi. suo nomine, l.15. & l. seq. hic. Cujac. 21. obs. 20. Dissent. post gloss. & alios Wesenb. par. n.7. hic. Gomez. 3. var. resol. 3. nu. 37. & c.6. n.9. Covar. 2. resol. 10. nu. 7.* pro quibus non facit *l.36. §.1. l.14. hic.* sunt enim de servo occiso: nec argumentum à contrario sensu *ex d. §.1.* extendetur, cùm LL. sint in contrarium. h) ut actio furti, & l. Corneliæ de sicariis, quæ se mutuo non consument, quia ad idem non competunt, *l.2. de priv. delict. l.23. §.9. hic, l.3. C. eod.* i) *l.34. de oblig. & act. l.88. de furt. l.7. §.1. commod. vide Cujac. 8. obs. 24. Hotom. ill. qu. 29. P. Fab. in l. nunquam, de R.I. Georg. Obrecht. in disp. de concur. act.* Cumulatio sanè actionis Aquiliæ & injuriarum etiam in Camera admittitur. *Myns. 1. obser. 25. Geil. 1. obser. 63. num. 9. per d. l.34.* sed cumulatio, quam Dd. vocant, à concursu actionum, quem JCti veteres docuerunt, toto cœlo distat, ut eleganter & latè ostendit Obrecht. *in d. disp.* quem omninò vide. Jure Saxo. non permittitur processus, si quis in causa criminali primùm civiliter, postea criminaliter agere velit, wenn eine peinliche sache bürglich angesetzt wirdt/so kan man alsdenn darauff nicht wider peinlich klagen/ *gloss. ad* Landrecht *lib.3. art. 43. num. 5. adde lib. 2. art. 10. 11. & lib. 3. art. 19. Zobel. 1. diff. 9.*

XI.

De his qui effuderunt vel dejecerunt qua vulgò iter fit *a*, si eo modo damnum datum sit, seorsim est actio in factum, qua duplum damni accepti actor consequitur *b*: & datur contra inhabitatorem *c*.

a) interest enim Reip. vias publicas securas esse, *l.1. pr. §. 1. 2. l.6. hic, l.31. ad l. Aquil.* b) in qua, ut & in l. Aquiliæ actione culpa punitur, sed gravius, propter rationem modò dictam. Quod si libero homini damnum datum est, id arbitrio judicis æstimatur, si occisus sit eo modo, in quinquaginta aureos judicium datur, *d. l.1. pr. & §.5.* & merè pœnalis est, *l.5. §.5. hic.* cùm de alio damno agitur non item pœnalis est, sed perpetua, & rei persecutoria. c) *d. l.1. §.4. l.5. per tot. hic.* Ejusdem rationis est edictum, ex quo in 10. solidos actio datur contra illos, qui in suggrundo protectové circa publicum aliquid positum habent, qui posuerunt, inquam, non qui in illa domo habitant, *d. l.5. §.12. hic.* quam eleganter explicat Hent. Suerin. *1. rep. prælect. 20. Diss. Cuj. 22. obs. 32.*

XII.

Actiones noxales de servi delicto *a* competunt in dominum, & nihil aliud sunt, quàm adjectitiæ qualitates, quæ ad principalem actionem accedunt *b*: in iis multum interest an dominus sciat vel ignoret *c*. Unde rectè deducitur noxales actiones alias directas esse, alias Prætorias *d*.

a) privato, quoties adversus liberum hominem si illud commisisset, civili actione pœnam experiri liceret, *l.17. §.18. de æd. ed. l.174. de V.S. l.11. in fin. de evict. l.4. §. fin. C. hic. Gœdd. in l.200. de V.S. n.2.* b) quæ faciunt, ut contra dominum detur actio, & is noxæ dedendo servum æstimationem litis effugiat. *Wes. par. n.4.* c) quia hoc tantùm casu locum habet noxæ deditio: illo casu dominus tenetur in solidum.

lidum, *l. 2. 3. & 4. §. 2. hic.* An contra bonæ fidei possessorem etiam detur noxalis actio? quæsitum memini. Dari verius est *l. 28. hic, ubi Gothofr. & Cuj. tr. 6. ad Afric. & l. 27. in fi. eod. adde l. 13. l. 8. de interrog. in ju fac. Diss. aliqui per l. 1. §. 1. de serv. corr. maximè per l. 27. §. 3. ad l. Aquil.* ad quas respondent Cujac. & Goth. *d. loc. adde Wes. par. C. hic, n. 6.* d) illæ interdum solæ appellantur noxales, *l. 5. l. 21. §. fin. hic.* interdum utræque conjunguntur, *l. 26. §. 2. hic.* Prætoriæ sunt illæ, quæ dantur in eum, qui negat servum in sua potestate esse, ut aut dejeret, aut litis æstimationem subeat, *l. 21. §. 2. hic.* item & illæ quæ dantur in dominum, cujus servus ante noxale judicium susceptum mortuus est, cùm eum dolo possidere desiit: *vide l. 24. 26. §. 4. hic.* in qua *l. 24.* rectè potest bis legi vocabulum (noxalis) ut prius referatur ad directam, posterius ad prætoriam. *Henr. Suerin. 1. rep. prælect. 11. Diss. Cuj. 22. obs. 9.*

XIII.

Coronidis loco sit: legis Aquiliæ actionem criminaliter intentari non posse.

Cyn. in l. si quis, circ. fin. C. de episc. & cler. Io. Fab. in §. liberum. Inst. de l. Aquil. Schard. in addit. ad Bart. in l. 3. de priv. delict. vide Maran. part. 4. dist. 1. n. 68. & seqq. Diss. Bart. in d. l. 3. & in l. 11. §. 3. de pœn. & alii aliter ac variè, quos refert Bald. *in l. data opera. C. qui accus. non poss. col. 3. Plat. in d. §. liberum.*

DISPUTATIO XIX.

De mixtis finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo actionibus.

Respondente Joanne Episcopio Felsburgensi Hasso.

THESIS I.

Tria hæc judicia divisoria, finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo vocantur duplicia, quòd in his unusquisq; litigantium actoris & rei locum sustinere potest *a*: licet constituto jam judicio is solus actor intelligitur, qui primus ad illud provocavit *b*: aut si omnes simul, is cui sorte id obtigit *c*. Dicuntur & actiones mixtæ, eò quòd non minus in rem sunt, quàm in personam *d*, in rem quidem primò & principaliter *e*, in personam ex consequenti, ratione videlicet personalium præstationum *f*.

a) *l. 2. §. 1. comm. divid. l. 2. § 3. l. 44. §. 4. fam erc. l. 10 fin reg. c. ex literis, de probat. Sich. rub. C. fam. erc. n. 5.* b) *d l. 2. §. 1. comm. divid l. 13. 29. de judic. Sich. d. loc nu. 6.* c) *l. 14. de jud. l. 3 pr. C. com. de leg.* d) *§ 20. Inst. de act. §. 4. 5. 6. Inst. de off. jud. l. 1. 2. 3. fin. reg. l. 4 §. 1. eod. l. 22. §. 4. fam. erc. l 3. & 4. comm div. Dd in d. §. 20. Inst. de act. Wes. par. D. fi. reg. fam. erc. & comm. div. Cuj. par. C. t. iisd. Sich. rubr. C fam. erc. n. 6. Zas. par. fi. reg. num. 6. Diss. Don. in §. 1. & 20. Inst. de act.* existimans nullas actiones esse revera mixtas, quod satis redarguitur *ex l. 25. §. 18. de her. pet. junct. l. 7. C. eod.* e) primò enim &

A a 2 per

per se actiones hæ pro rei divisione sunt & vindicatione, *d.l.1.fin.reg.arg.l.1.com. divi. Wes.par.C.fam.erc.Cuja.par.C.fi.reg.* f) *l.22 §.4.fam.erc.d.l.1.comm.div.Wes.& Cuj.d.loc.*Huc refer fructus perceptos & impensas, *l.4.§.3.com.div.l.4.§ 1.& seqq.fi.reg.* aliaq; quæ rei sunt accessoria seu minus principalia. Et horum duntaxat respectu hæ actiones ex obligatione & quasi contractu descendunt, *§.3.& 4. Inst. de obl.qua quasi ex contr.*cum non tota sui natura intendant solutionem ejus, quod quis alteri secundùm civitatis nostræ jura debet, *arg.pr.Inst.de obl.& §.1.Inst.de act.*

II.

Actio finium regundorum, quæ & finalis quæstio dicitur *a*, est actio mixta *b*, stricti juris *c*, inter confines *d* prædiorum rusticorum *e* competens in hoc, ut limites congrua fundorum divisione, vel mutua adjudicatione & condemnatione *f* distinguantur.

a) *l.11.h.t.l.4.5.& 6.C.eod.* b) *d.§.20.Inst.de act.ubi gloss.& Dd.d.l.1.h.t.* *§.3.4.Inst.de obl.ex q.del.ubi Cost. Cujac.par. C.eod.Diff.Don.d.loc.* c) *Wes.in d.§. 20.Sich.rub.C.h.t.num.5.* fructus enim post litem demum contestatam in hanc actionem veniunt, *l.4.§.1. & 2.h.t.* quod proprium est actionum stricti juris, *arg.l.1.§.23.& 24.depos.l.38.§.7.& 15.de usur.Mynf.cent.6.obs.50.n.8.Zas.hic.nu.3.* Neq; ejus mentio fit *in §.28.Inst.de act.*ubi tamen omnes bonæ fidei actiones enumerari *gl.ib.& Dd.* communiter rectè putant. A quibus tamen dissentit ibid.Corasi. *per l.2. D.de precar. vide Cujac.4.obs.7.& 17.obs.4.* Diss.nonnulli à thesi, referente glossa *in d.§.28.in verb.dividundo.* existimantes hanc actionem esse bonæ fidei, exemplo affinium *fam.ercisc.& comm.div.* actionum. Diss.alii ab hac actionum distinctione generatim, omnem bonæ fidei & stricti juris actionum differentiam jure Canonico sublatam esse contendentes, quibus reclamat *c.cum venerabilis, de except.& gl.ibid.vide Wes.in d.§.28.nu.1.* ubi tamen citra juris rationem pacto stricti juris judicia bonæ fidei fieri posse arbitratur, *vide Bocer.ad l.23.de R.I.c.2.nu.4. Vult.2.Jurispr.4.nu.25.* d) *l.12.pr.l.4.§. 10.h.t.* confines verò fundi sunt, inter quos nec tertii prædium, nec flumen aut via publica intervenit, *l.4.§.fi.l.5.& 6.hic.* e) *d.l.2.in pr.* non urbanorum, *d.l.4.§.10.* f) *l.2.§.1.l.3.& 4.h.t.d.§.20.Inst.de act.§.6.Inst.de off.jud.Cuj.22.obs.39.* Hinc fit, ut cùm socii inter se adversarii esse nequeant, nec, quòd unius loco habeantur, alter alteri condemnari possit, de communi fundo finibus distinguendo non agant, *d.l.4.§. 6.& 7.Cuj.22.obs.38.Wes.par.D.hic, n.5.*

III.

Datur hæc actio non directis duntaxat dominis *a*, sed cæteris etiam jus in re habentibus, ut emphyteutæ, usufructuario, pignoris jure prædium possidenti *b*, vasallo *c*: Et quidem non ad fundorum tantùm, sed ad adhærentium quoq; jurisdictionem *d* distinctionem, impensarum, fructuumq; post litem contestatam perceptorum *e*, computationem, ejusq; quod interest præstationem *f*.

a) *§.6.& 7.Inst.de off.jud.l.4.§.5.& 9.l.8.h.t.* dominium tamen actor probare non tenetur, etiam petente reo, si modò fundum possidet, cùm in obscuro pro possessore pronuncietur, *§.5.Inst.de interd.c.in pari, de reg.jur.in 6.Wes.par.n.6.Fab.in §.20. Inst.de act. ibidemq; Schneid. de act.fin.reg.n.6.* b) *l.4.§.9.h.t. vide Wes.hic.num.5.*

Schneid.

Schneid.d.loc. c) *c.un.§.rei autem,de invest.de re al.fact.ubi Cuj.c.un.de contr.int. vas.& al.de ben.* d) *c.super ea.de paroch.Mynf.d.§.20.Inst.de act.n.51.& 6.obs.21. & seqq.Schneid.d.loc.n.9.Bart.in l.13.§.ult.com.div.* e) *l.4 §.2.h.* Nam ante litem contestatam aut bona fide percepti sunt,& consumentis fiunt,aut mala fide,& condici oportet *d.§.2.vide sup.disp.15.* f) *d.l.4.§.1.Schneid.d.loc.n.7.* Liquet igitur judicium hoc in personam esse non tantùm ex maleficio, sed etiam quasi ex contractu. *Diss.Cujac.in not.ad t.Inst.de obl.qua quas ex contr.in verb.qui coheredi.*

IV.

In jurisdictionum distinctione notabilis illa quæstio est, utrinam cognitio de homicidio in confinio duorum territoriorum admisso competat? Nos ad utrumq; confinem eam pertinere tuebimur *a*. Quod si occisus in alterius pertrahatur territorium, aut flumen publicum, quod utrumq; disterminat,projiciatur, ejus erit de cæde cognoscere, in cujus ditione ea peracta evidentibus signis aut præsumtionibus evincitur *b*.

a) *Zas.par.comm.div.nu.ult.* ibi enim de crimine agi oportet, ubi illud perpetratum est,*l.1. & auth. qua in provincia, C. ubi de crim. agi oport.* At verò homine in confinio duorum territoriorum occiso, cædes in utroq; peracta censenda est, aut certè in eo in quo caput occisi inventum fuerit, *arg.l.44.de relig.& sumt.de qua l.vide Cujac.21.obs.4 adde Zang.p.2.de exc.c.1.n.90.Niel.disp.feud.ult. coroll.2.* b) *arg. d.l.1.& d.auth.qua in provinc.C.ubi de crim ag.oport.*

V.

In dijudicanda autem finali quæstione,judex vetera monumenta *a* terminosq; antiquis libris aut testibus *b* probatos sequetur,nisi de recentioribus possessorum arbitrio,aliáve legitima ratione constitutis *c* appareat. Quod si nullis terminorũ vestigiis res expediri possit,assignatis per Geometras & agrimensores *d*, vel arbitros etiam *e*, finibus, judex controversiam,lite quoq; ob partis fortè absentiam non contestata *f*, dirimet.

a) *l.11.h.t.* hujusmodi sunt fossæ,lapides,arbores,&c. *Wes par.D.h.t.num.7. Mynf.cent.6.obs.20.nu.3.* b) *arg.l.12.h.t.Mynf.in d.§.20.Inst.de act.nu.50.& cent. 6.obs.25.& 26.Bald.cons.161.nu.3.4.& 5.vol.3.Socin.cons.166.n.1.vol.2 glos.in c.ad audientiam,de præscript.c.cum causam,& ibi gl.de probat.Sneid.d.loc.nu.21.* Et testes quidem de auditu seu fama, quòd limites ita servari soliti sint, deponere sufficit, *arg.d.l.12.28. de probat.& præs.VVes.d.n.7.Cuj.3.obs.26.Mynf.d.obs.26.n.3.& seqq.* c) veteres enim limites pro possessorum voluntate mutari posse, docet *l.11. & 12.h.t.l.2. C. eod.* ex quo Costal.*ad d.l.12.* infert,demonstrationem finium simplicem vim pacti habere,*vide Sichard.in l.2.C.h.t.* d) *l.8.juncta l.2.D.h.t.l.3.C.eod.Mynf.d.obs.27.n.4. Wes.& Sneid.dd.loc.* vide de agrimensoribus *Cuj.10.obs.1.* Quod si agro mensurato alterutra pars se læsam existimet,mensurari denuò potest,*arg.l.un.C.de error. calc. Bar. in l.1.§.1.si mens.fals.mod.dix. Sneid.d.tr. nu.25.* Mensores verò dolum latámve culpam admisisse deprehensi,in factum actione tenentur,*l.1.si mens.fals. mod. dix.* & quidem omnibus quorum interfuit falsum modum renunciatũ non esse,*l.3.§.1.eod.* e) *l.44.de recept.qui arb.rec.Cuj.d.obs.2.* f) *arg.l.3.C.h.t.ubi Bart.& Sich.Mynf.ad d. §.20.Inst.de act.n.50.Diss.gl.& Bald.in d.l.3.*

VI.

Cumprimis verò judicis officium est, terminos tùm antiquos, tum si illi possessorum arbitrio mutati fortè sint, recenter constitutos custodire *a*. Quod ut rectius fiat, latam Atheniensibus à Solone legem *b* observare, inq; eos qui vel contumaciæ nomine condemnandi sunt *c*, vel malitiosè aliquid circa fines commiserunt *d*, animadvertere utile est.

a) *l.12.h.t.l.1.& 2.C.de fund.limit.l.2.C.de off præt.c.quicunq, c.licet, c.inter 16. q.3.Mynſ.cent.6.obſ.27.n.2.* b) *l.ult.D.h.t.ubi in fine Alc.malè 2.diſpunct.* 6. pro, ad pedes quinq;, legit, ad pedes duos, *vide Sneid.d.loc.n.24.ibiq;* W*eſ.not.& in par.D.h.t.num.2.Plutarch.in Solone.* Et hanc terminorum rationem in urbanis etiam prædiis observandam esse, quibusdam placet, quod rectè improbat Accurſ. *in l.4.* §. 10. *hic, vide Sneid.d.loc.nu.12.* hodie tamen hæc ratio non servatur. c) ut si quis jubente judice agros metiri passus non fuerit, §. *6.Inſt.de off.jud.l.3.C.h.t.* d) *d.§. 6.l.4.§.4. h.t. Paul.1.ſent.16. & 5.ſent.22.§.2.* si quis enim mota lite fundum alienum invaserit, cum parte occupata de suo tantundem restituet, *l.4.C.h.t.* Huc etiam terminorum turbatio pertinet, veluti limitum exaratio, arborũ finalium excisio, &c. *d.§.6.ubi Dd.d.l.4.§.4.h.t.* Condemnatio autem fiet in id, quod alterius interest, quanti scilicet in litem juratum fuerit, *gl.& Mynſ.in d.§.6.per l.3.de in lit.jurand.*

VII.

Criminaliter etiam in eos qui dolo malo terminos propulerint, limitésve ejecerint, tùm L. Agraria, tùm D. Hadriani rescripto agitur *a*. Illa ad quinquaginta pro singulis, qui turbati sunt, limitibus, aureos *b* fisco *c* numerandos: hoc ad corporalem castigationis, relegationis, in opus publicum condemnationis pœnam reo infligendam *d*. Neq; verò hæ criminales civilem illam, quæ rei persecutoria est *e*, perimunt.

a) *t.t.D.de term.mot.*W*eſ.par.D.fi.reg.n.8.Sneid.d.tr.de act.fi.reg.n.1.& 2.Mynſ. in d.§.20.Inſt.de act.nu.56.& ſeqq.& in §.6.Inſt.de off.jud.Sich.rub.C.fin.reg.nu.6.& ſeqq. Menoch.2.arb.quæſt.393.n.9.&* 10. b) *l.3.de term.mot.ubi Dd.Mynſ.*W*eſ.Schneid. dd.loc.Cuj.ad Paul.5.ſent.22.§.2.Sich d.loc.n.7.* c) *arg.d.l.3.ubi Bart.Panorm.in c.ex literis, de probat.gl.& Mynſ.in §.6.Inſt.de off.jud.Duar.ad tit.de pop.act.Diſſ.Schneid.d. n.1.* d) *vide Dd.d.loc per l.2.de term.mot.Paul.ſent.lib.1.tit.16.& lib.5.tit.22.§.2. ubi Cujac.* quæ tamen pœna pro delinquentium conditione & animo mitiganda est vel exasperanda, locumq; habet sive sciens quis seu per ignorantiam limites ejecerit, *d.l.2.Cuj.19.obſ.*10. ubi pulchrè involuntaria nonnunquam puniri ostendit. Dissentire videtur Sichard. *ad rubr.C.h.t.n.8.* e) *arg.§.11. Inſt.de L. Aquil.& §.1. Inſtit ſi quadr.paup.fec.dic.& ibi Dd.l.130.de R.I.gl.& Mynſ.in §.6.Inſt.de off.jud.* An verò criminales se invicem tollunt? Sic sanè: non enim in idem delictum ejusdem respectu duplici pœna animadvertendum est, *l.14.de accuſ.l.41.de pœn.*VV*eſ.par.D.de injur.num.18.& in §.ult. Inſt.ſi quadr.paup.fec.dic.Hot.ill.q.29.Diſſ.Sich.ad rubr.C.fin.reg. n.*10 *per d.l.41.de pœn.& l.2.C.de ſepulchr.viol.*

VIII.

Eliditur hæc finium actio proprietatis exceptione, quousq; ea probata fue-

ta fuerit *a*. Tollitur omninò 30. annorum præscriptione *b*. Longissimo enim tempore, quod tricennii est, ampliores fines, si mala fide aut sine titulo possessi sint *c*, si bona fide tituloq;, longi temporis præscriptione *d* usucapiuntur.

a) *l.18.de except.arg.l.1.fam.erc.l.3.C.h.t.Schn.d.tract.n.16.* b) *l.ult.C.h.t.ubi Sich.* Et est hoc actionibus mixtis omnibus cum personalibus commune, *l.7.C.de her.pet.l.3.C.de praescr.30.vel 40.ann.l.1.§.1.C.de ann.except.Sneid.d.tr.nu.18.Cujac.tract.de diversi.temp.praescr.c.30.& 18.obs.c.26.& seqq.idemq; in l.4.§.ult. de usurp. & usuc. Cost.ad l.1.D.fin.reg.VVesenb.par.hic,n.1.* Dissentire videntur quo ad actionem *fam.erc. Martin.Placent.Zas.par.fam.erc.num.4.& 5.* Ad quorum cum communi Dd. sententia conciliationem, vide quæ desumi possunt ex Sichard.*ad l.6.C.fin.reg.* Vide etiam de limitum præscriptione Mynsi.*cent.6 obser.28.* c) *l.4.8.& t.t.C.de praescr.30.vel 40.ann.Dd.ad t.Inst.de usucap.VVesenb.par. D.eod. nu.7.* & 8. quoniam enim omnibus actionibus longissimo tempore, id est, 30.vel 40. annor. ideò possessor ope præscriptionis tutus est, *d.l.8.C.eod.VVes.d.nu.8.Schn.ad t. Inst.de usuc. nu.19. & seqq.* Dissentit à jure civili hac in re Canonicum, nullam admittens sine bona fide præscriptionem, textus est *in c.possessor, de R.I.in 6. c.vigilanti, c.si diligenti, c.veniens, vers. fin. c.quoniam, de praescript. vide VVes. & Schn. dd. loc.* quod licet contra publicam usucapionis utilitatem à jure Canonico introductum est, *princ.Inst.de usuc.Gajus in l.1. D.eod.l.5. D.pro suo.* in Imperiali tamen Camera servari testatur Geil.2 *obs.18.nu.7. & 10.in fin. Mynsi.cent.4 obs.6.* quanquam apud Saxones juris civilis depositioni locum esse asserit Wes. *par.de usuc.n.11.* Quid quòd alii negant jus Canonum hac in parte juri civili esse contrarium, *VVurmbs.pract.obs.tit.de praescr.obs.4.Vasq.1.ill.contr.13.num.10.& 2.ill. controv.76.* d) *l.2.§.6.l.7.§.1. D.pro emtore,t.t. C.de praescr. long.temp.Schn.d.tr. fin.reg.n.18.Sichard.ad d.ult.C.eod.Diss.Zas.par.hic,n.7.*

IX.

Familiæ erciscundæ *a* actio est mixta *b*, bonæ fidei *c*, coheredibus *d*, quocunq; jure *e* de dividendis rebus in hereditate existentibus *f*, & personalibus invicem præstationibus *g*, competens.

a) Familiæ appellatio variè in jure accipitur, *l.195.ubi Dd.de V.S.* Hic, prout in l.12.tab.ex qua hæ actiones mixtæ descendunt, *l.1.princ.h.t.* res hereditarias significat, *d.l.195.§.1.l.4 pr.& t.t.D.& C.fam.ercisc.* Non ipsam hereditatem, quæ individua est, *l.8.de rei vind.l.1.§.1.de rer.divis.l.119.de V.S.junct.l.19.§.7.com.div.Hoto.ill.qu.21.Cuj.& VVes.par.D.h.t.Sich.rubr.C.hic,nu.4. vide sup.disp.14. th.1.* b) *l.22.§.4.h.t.§.20.Inst.de act.vide suprà thes.1.* c) *§.28. Instit. de act.l.9.C.h.t.l.3.C.com.utr.jud.VVes.parat.hic,nu.2.Cuj.par.C.eod.ubi ad rubr. Sich. num.7.* d) *l.36.h.t.* Hinc fit ut actio hæc, negando adversarium coheredem esse, nisi in possessione sit, suspendatur, *arg.d.l.1.§.19.h.t.l.18.de except.§.3.Inst.de interd.c.in pari,de R. I. in 6.Schn.tr.de act.fam erc.nu.4.& 7.Sichard.rub.C.fam.erc.nu.3.* Cui consequens est, eum qui familiæ erciscundæ judicio agit, confiteri adversarium sibi esse coheredem, *l.37. h.t. arg.d.l.1.eod.Cujac.par.C.famil.ercisc.per l.1.§. 2. si pars her.pet. & l.51. §.1. h.t.Dissent.à seipso Cujac.9.obs.36.* legens negativè textum *d. l. 37. vide Zas.hic,n.36.* e) Nam non iis tantùm, qui jure civili heredes sunt, sed aliis etiam, ut bonorum possessoribus & fideicommissariis competit, licet utilis, non directa, *l. 2. 24. 40. 49. h.t. Schn. d.tr.*

d.tr.nu.4.& 5.VVes.par.nu.4. Diss.Boc.in disp.hic,th.19.per l.2.§.1.h.t.& in l.23.§.4. nu.14. de R.I. Distinctius & plenius ita dicendum: actionem quæ datur bonorum possessoribus diverso respectu & utilem & directam dici posse: utilem, quia lex 12. tabb. (quæ hanc actionem introduxit *l. 1. hic.*) hos successores non agnovit: cùm enim tum Prætores nondum fuerint, nec successores quidem Prætorii esse potuerunt: directam verò, quatenus edictis Prætorum his possessoribus datur. Sicut enim his possessoribus Prætor applicat petitionem hereditatis, *t.t. de poss.her.pet.* (quæ etiam directa est, quatenus datur ex verbis expressis edicti Prætorii, utilis respectu petitionis hereditatis, quæ est ex jure civili) ita & Prætor possessoribus hanc actionem accommodavit, quæ iisdem modis directa est & utilis. Famil. ercisc. actio quæ arrogato datur, propterea utilis dicitur, quia nec expressis verbis legum, SCtorum, vel edicti Prætorii, sed ex interpretatione JCtorum est, *l.2. §.1.hic.* Unde generalis theoria elicitur directam actionem dici: 1. quæ verbis legum, SCtorum, constitutionum: 2. quæ verbis edicti Prætorii comprehenditur. Sic & utilis diverso respectu dicitur dupliciter: 1. quæ tantùm venit ex jure Prætorio. 2. quæ venit ex interpretatione JCtorum. f) intellige res non modò revera hereditarias, & hereditatis occasione acquisitas, sed omnes, è quibus ad heredem commodum aliquod aut incommodum redundare posset, *l.19. pr. junct. l.25.§.pen.de her.pet.Zas. hic, nu.9.* hujusmodi sunt res bona fide à defuncto possessæ, *l.9.& 10.h.t.* pignori habitæ, *l.29.eod.* non nomina, *l.2.§.fin.l.4.pr.h.t.l.6.C.eod.Goth.ad l.25. §.1.hic.* nec mala medicamenta, aut libri improbatæ lectionis, nec res crimine aliquo, ut sacrilegio, acquisitæ, *d.l.4.§.1.& 2.vide Schneid.d.tr. nu.29. VVes.par. num.5.* g) *VVesenb.& Schneid.d.loc.l.22.§.4.hic,l.16.§.4.l.5.§.16.eod.d.§.20.Inst.de act.§.4.Inst.de off.jud. l.19. C. hic.Cujac.par.C.eod.*

X.

Utrum autem à judice pro arbitrio facienda sit divisio, an verò à majore fratre, concessa optione minori, inter utriusq; Juris Interpp. controvertitur. Nos cum Legistis id totum officio judicis *a*, ubi consuetudine aliud non obtinuerit *b*, relinquimus.

a) *§.20.ibiq; Ang.& Ias.Inst.de act.§.4.Instit.de off.jud.t.t.D.& C. famil.ercisc. argu.l.4.comm.divid.ubi Bald.& l.1.C.de iis qui se defer. ubi Bart. Bald. in l.2. C.quand.& quib. quart.pars.* ubi electionem ex sortis felicitate debere contingere rescribitur, *l.3.pr.C.comm.de leg.* vide quæ prolixè post alios tradit Schneid. *in d.tr. fam. erc.nu.59.& seqq.in §.20.Inst.de act.& VVes.par.D.h.t.num.6.Schrad.tr.feud p.7.c.5.num.66.& seq. Diss.Canonistæ communiter, per c. 1. de paroch.* b) usu verò comprobatam esse Canonistarum sententiam testatur Wes.*par.D.h.t.nu.6.Mynf.cent.4.obs.37.Geil.2.observ.116.n.ult.Schurff.cons.71.cent.1. Cuj. ad d.l.2.quand.& quib. quart.pars deb.adde Tiraq. tr. de jure primog.q. 60.per tot. Menoch. 2. arb.jud.q.124.Guid.Pap.decis.289.* quod & jure Saxonico obtinet inter duos fratres, da soll der elteste theylen / vnd der jüngste kiesen/ tam in allodialibus quàm feudalibus, Landr.*lib.3. art.29. Fachs. 1. diff.jur.civ.& Sax.diff.31. Coler.tr.de proc.exec.p.1.c.3.n.40.& seq. Nov.Elect.Aug. p.3.c.15.Moller.2.semestr.27.& in comm.ad d.c.15. Diss.quoad feudalia Schrad. d. loc.* Quin & majori per divisionem à se factam, & fratris minoris optionem læso dari remedium *l. 2. C. de resc. vend. tradit. idem Moller.d.lib.2.c.28. post Dd. ibid. alleg.* quod rectè communis schola limitat, nisi valorem bonorum cognitum habuerit, tunc enim scienti & ita dividere volenti cum

eûm aliter potuisset, non fit injuria. *Diss. Fr. Sarmient. 1. select. interpret. 11. Pinel. ad d. l. 2. p. 1. c. 2. n. 11.* atq; ita judicatum in Scabinatu Lipsensi refert Moll. *d. c. 18.* In gemellis judicio sortis vel arbitrio judicis locus erit, *Moller. d. lib. 2. c. 29.*

XI.

Est autem judicis officium ad petitionem unius pluriúmve ex coheredibus, cæteris etiam invitis *a*, res hereditarias omnes *b* pro rata æqualiter, aut facta adjudicatione, & condemnatione *c*, dividere. Et si quid ratione fructuum aut impensarum quasi contractum sit *d*, vel dolo etiam aut culpa admissum *e*, ejus in divisione rationem habere.

a) *l. 2. §. 4. h. t. l. 43. eod. de qua vide Cuj. 9. obs. 14. l. ult. C. com. div. Wes. par. hic, n. 4.* Quid si unus fratrum dicat, jam ante divisum esse? id quidem in dubio non præsumitur, *Mascard. 1. de probat. concl. 526. nu. 1. Menoch. 3. præsumt. nu. 1.* nisi hæc concurrant, quòd bona invicem separata possederint, onera separatim solverint, & fructus separatim perceperint, decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes, *gl. in l. si minor. C. comm. divid. arg. l. 6. pr. de usur. Ang. in l. fin. pro dote. Cæpoll. de serv. urb. c. 19. Balb. de præscr. q. 10. nu. 39.* Hæc verò si conjunctim reperiantur, & ut dixi, longum tempus intercesserit, nec conquesti fratres fuerint, tum ne quidem ex apparente inæqualitate, puta si unus ex fratribus repeciatur maximam partem possidere, divisio vel prorsus non, vel inæqualiter celebrata præsumetur: cùm è contrario fratris silentium per longum tempus præsumtionem inducat, in alio ipsi factam esse compensationem, *Salic. in l. pen. C. com. div. Tessaur. decis. 205. n. 3. Diss. Balb. d. loc. Menoch. d. præsumt. 60. n. 7.* b) *l. 25. §. 20. hic.* Non tamen necesse est speciatim res singulas in libello exprimi, sed sufficit generalis hereditatis unius pluriúmve dividendarum mentio, *Ioan. Fab. in d. §. 20. Inst. de act. Schneid. d. loc. num. 38. l. 26. h. tit.* Quod si res quædam in divisione prætermissæ sint, de iis comm. divid. agetur, cùm judicium fam. ercisc. non nisi semel competat, *l. 26. §. 4 hic. Paul. 1. sent. 18. & ibi Cujac.* quanquam facta privatim sine transactione à coheredibus rerum quarundam divisione, locus tamen esse huic actioni potest, *l. 1. C. fam. erc.* c) *arg. l. 4. in fin. C. comm. divid. d. §. 20. Inst. de act. d. §. 4. Inst. de off. jud.* facienda autem ea est in omnium personis, ne sententia data in partem duntaxat, omninò corruat, *l. 27. h. t. cui non obstat l. 41. eod. vide Cuj. 23. obs. 1.* d) *l. 53. h. t. d. §. 4. Inst. de off. jud. l. 11. & 12. l. 29. l. 44. §. 3. l. 56. hic. l. 9. 17. & 19. C. eod. l. 34. pro soc. Sneid. d. loc. n. 28. Wes. d. nu. 5.* e) *d. l. 19. C. h. t. l. 16. §. 4. l. 25. §. 16. l. 45. & 49. eod. d. l. 54. pro soc. Schneid. & Wes. d. loc.*

XII.

Videndum tamen à judice est, utrum à defuncto testatore facta sit rerum hereditariarum divisio. Ea enim utcunq;, salva legitima *a*, facta servanda est *b*, sicut nec privata conventionalis sine enormi læsione, quæ vel medietatem justæ portionis exsuperet, retractatur *c*. Cautiones etiam de evictione, ejusq; damno communiter ferendo judex fieri curabit *d*.

b) *Geil. 2. obs. 116. n. 3.* Hanc enim relinqui necesse est, ut filius de inofficiosa patris voluntate conqueri non possit, *l. 8. §. 8. de inoff. testam. l. 30. & auth. novissima, C. eod. §. 3. & 6. Inst. eod. Nov. 81. c. 1. l. 20. §. 5. hic, vide sup. disp. 13.* b) *l. 20. §. 3. & 5. l. 33. & 39. hic, l. 16. 21. & 26. & auth. si modò, C. eod. Geil. d. obser. 116.* Et quidem patris illa vo-

 luntas

luntas declarata quocunq; modo, etiam extra testamentum, schedâ filiorum coheredum aut sua ipsius manu subscriptâ, sustinetur, *d.l.16.21. & 26.C.hic, Novell.18.c.7. ubi Cujac. vide Geil.d.obs.*116. In feudo tamen non hereditario divisio à patre facta filiis regulariter non præjudicat, *c.1. de success. feud. ubi Dd. com. vide ibi. Cujac. eundemq; in c. un. an agnat. vel fil. Schneid. d. tr. fam erc. n.13. & seqq.* W*es. de feud. c.6. n.14. Geil. d. obs. 116. n.9. & seq. Borch. de feud. c.7. n.3. & seqq. Diss. Paul. Castr cons.163. aliiq; multi, de quib. vide Franc. Curt. part.4. tr. feud. n.131.* c) *l.3. ubi Bart. Bald. Sich. & Dd. comm. C. com. utr. jud. l.8. C. de collat. l.38. h.t. l.2. C. de resc. vend. vide* W*es. par. hic, nu.8.* Hoc tamen ad judicialem divisionem aut sorte à majoribus (minoribus enim facilius ætatis auxilio subvenitur, *l. ult. hic, l.34. in fin. de minor. l.4. C. com. div.*) factam, extendendum non videtur, *d.l.3. ubi Sich. num.8. l.1. C. si sæpius in integr. arg. l.1. de pact. l.11. C. de transact. Sich. ad d.l.3 nu.2. Diss. Bald. ad d.l.3. quem sequitur Schurf. cons.28. cent.1. adde de jure Saxon. Zobel. 2. diff.38. & Nov. Elect. Aug. p.2. c.34.* d) *l.25. § pen. l.19. in fin. eod.* tacitè enim divisioni evictio inesse censetur, nisi aliud convenerit, *l. 14. C. hic, ubi Sich. n.3. VVes. par. n.6. Sneid. d. tr. nu.17. & seqq.* quod tamen in divisione à patre facta secus est. Hoc enim casu hereditas filiis nunquam ipso actu communis fuit, *vide Sich. & Sneid. dd. loc. gl. in l.21. C. eod. per l.77. §.8. de leg. 2.*

XIII.

Et quia inter liberos æqualiter pro rata facienda est divisio, bona à parentibus accepta conferre, necesse habent *a*. An verò & sumtus filio studiorum gratia suppeditatos? Ego relictis aliorum distinctionibus tùm quoad sumtus utiliter factos, sicut & Doctoratus impensas, tùm quoad libros, in usum filii noviter emtos, præsumptionem, non probata patris de conferendo voluntate, pro filio esse *b* existimo.

a) *l.11. & 25. C. fam. erc.* vide quæ prolixè Sich. *in rubr. C. de collat.* generatim verò quæ in collationem veniant, *post Dd. in d. tit. D. & C. de collat. vide Cujac. 3 obs.30.* ubi probè notat hodie sola profectitia conferri, *per l. ult. C. de collat. ubi vide Goth.* An verò & simplex donatio in emancipatum filium collata? Affirmat Placent. aliiq; *per l.13. & 20. C. de collat.* Negat Azo *in auth. ex testamento, nu.14. C. de collat. Accurs. Ias. VVes. ad t. D. & C. de collat. per l.18. C. fam. erc.* quorum sententia sicut ab Imperatorum Constitutionibus remotior, ita æquitati vicinior videtur. Et hanc communiorem, usuq; receptam testatur Wes. *par. D. de collat. dot. n.2.* vide ea de re Cujac. *d. obs.30. Sich. ad auth. ex testamento, C. de collat. nu.5. & seqq.* b) *l.50. D. fam. erc. ubi Cost. l.20. §.6. eod. l.1. §.16. de collat.* ubi Dd. fac. quòd pater cogitur alere & instituere liberos, *arg. t. de agnosc. & alend. lib.* quodq; hæc impensa quodammodo æs alienum est, *d.l.50. Ias. in auth. quod locum, C. de collat. Sich. passim ad t. C. de collat. & ad l.18. C. fam. erc. Cujac. d. obs.30. lib.3. VVes par. de collat. dot. n.3. Schneid. tract. fam. ercisc. in §.20. Inst. de act. nu 42. & seqq. Horat. Lut. tract. de privil. schol. c.16.27.29. & 30. VVes. cons. part.2. cons.80. Hartm. Pist. lib.1. q. jur. quæst.19.* Diss. Dd. diversimodè, prout apud allegatos videre est: quibus adde Mich. Graff. *in libro sent. §. legitima, qu.28.* & quæ remissivè dicta sunt suprà *disp.13. th.16.*

XIV.

Cùm exposito fam. erc. judicio summam habet in omnibus penè actio

comm.

comm. divid. affinitatem. Nam & ipsa est actio mixta *a*, bonæ fidei *b*, deq; omnibus rebus singularibus *c*, quocunq; modo communes sint *d*, officio judicis *e*, habita personalium præstationum *f*, sicut & adjudicationis ac condemnationis *g*, evictionisq; *h* ratione, dividendis *i* datur.

a) *d. §. 20. Inst. de act. l. 3. pr. l. 4. §. 3. hic. VVesenb. par. hic, num. 2. Zas. num. 7. vide sup. th. 1.* b) *§. 28. Inst. de act. l. 3. §. 1. l. 4. §. 2. l. 14. §. 1. eod.* c) *§. 3. Inst. de obl. quæ quasi ex contr. l. 4. pr. l. 13. hic.* Eoq; hæc actio à fam. erc. judicio differt, quod tantùm ad rerum multitudinem seu universitatem dividendam competit, *suprà thes. 9.* d) seu cum societate, seu sine ea, *l. 2. hic, l. 38. §. 1. pro soc.* e) *§. 5. Instit. de off. jud. l. 6. §. 10. hic.* f) præstandus enim est dolus & culpa in re communi admissa, fructus item percepti & impensæ necessariæ, *d. §. 3. Instit. de obl. quæ quasi ex contr. l. 3 p. l. 4. § 3. l. 6 20 h. tit. l. 34 pro soc.* ubi tamen in hereditate aut re communi pro parte coheredis quis gessit, quod potuisset gerere pro sua parte tantùm, non communi dividundo, aut familiæ ercis cundæ actio, sed negotiorum gestorum competit, *l penult. de reb. cred. ubi Cujac. tract. 8. ad Afr. l. 25. §. 15. fam. erc. l. 6. §. 2. hic, l. 40. de neg. gest. vide Zas. parat. fam. erc. nu. 21. & ad l. 38. de cond. indeb.* Nunquam enim negot. gest. actio cum alterutra illarum ex eadem causa concurrit, *Cujac. d. loc. Diss. nonnulli per l. 18. C. fam. ercisc. & l. 3. C. de neg. gest.* g) *§. 5. Inst. de off. jud. l. 6. §. 9. & 10. hic, l. 55. fam. erc.* h) *l. 10. §. 2. h. t.* i) in communione enim vel societate nemo detinetur invitus, *l fin. C. h. t. l. 1. fam. erc. l. 26. §. 4. de cond. indeb.* Neque pacto effici potest, ut omninò divisio non fiat, *l. 14. §. 2. hic, l. 23. C. fam. ercisc. l. 14. ubi Bart. & l. 70. pro soc. cui non obstat l. 1. eod.* juramento tamen firmatum servari debet, *c. cum contingat. de jurej. arg. d. l. 23. Schneid. tr. comm. divid. nu. 19. Ias. ad d. l. 26. §. 4. de cond. indeb. vide sup. disp. 6. thes. 24. Diss. Alex. de Imol. cons. 18. vol. 2.* neq; jussui testatoris hac in parte standum est, *arg. d. l. fin. Schn. d. tr. nu. 21. & seqq. Paul. Castr. & Ias. ad d. l. 26. §. 4. Diss. Alex. de Imol. ibid. Bart. in l. 14. pro soc.*

XV.

Hęc actio directa & utilis est, illa datur de rebus corporalibus tantùm, & quidem existentibus *a*, hæc etiam de incorporalibus *b*, sublata quoque per ipsius rei interitum divisione *c*. Necessaria autem fuit, eò quòd actio pro socio in rebus duntaxat ex contractu *d* communibus, & quidem magis ratione personalium præstationum nominumq; *e* versatur: hæc verò res etiam quasi ex contractu *f* communes, ac eas ipsas quidem potissimùm dividendas *g*, concernit.

a) *l. 4. pr. h. t. Schn. d. loc. n. 15. VVes. par. comm. divid. nu. 3.* Nec interest sive alter sociorum, sive neuter possideat, *l. pen. hic.* b) *l. 6. pr. l. 7. §. 2. & 6. l. 19. § fi. h. t. l. 13. §. 3. de usufr.* c) *l. 6. §. 1 l. 9. & 11. hic. VVes. & Schn. dd. loc. Cuj. tr. 7. ad Afr. in l. 37. de usufr.* d) *l. 31. & 32. pro socio. Zas. par. com. div. n. 1.* Societas enim contractus est, *pr. Inst. de obl. ex cons. ubi Dd.* unde est, quòd tum duntaxat, cùm tractatu habito res communis facta est, actio pro socio competit, *d. l. 32. pro soc. vide Myns. in §. 20. Inst. de act. n. 43. & 44.* e) *l. 1. comm. div. l. 43 pro soc.* f) *§. 3. Inst. de obl. quæ quasi ex contr. ubi Dd l. 2. comm. div. l. 31. & seqq. pro socio.* g) *d. l. 1. comm. div. Cujac. par. C. fin. reg. Myns. in d. §. 20. n. 41. vide sup. th. 1.*

XVI.

Coronidis loco quæstio illa sit, an Princeps in hereditaria Imperii successione alterum ex filiis præferre possit alteri? Nos, ubi ad Imperii successionem natu major lege vel consuetudine vocatur *a*, minorem præferri posse negamus *b*: nisi Princeps ille leges & consuetudinem sua solius auctoritate abrogandi habeat potestatem *c*.

a) præferendum autem primogenitum esse jure non gentium duntaxat, sed divino etiam, elegantissimè ostendit Bodinus 5. *de Rep. c.* 2. *& lib.* 6. *c.* 5. ubi pulchrè primogeniti filium patruo, (quod definitur in aurea Bull. Carol. IV. *c.* 7. quoad dignitates Electorales in Imperio) sicut & eum qui antè quàm adeptus sit pater imperium, natus est, posterioribus præferri docet, *vide Hot. ill. qu.* 2. 3. *&* 4. *Mynf. cent.* 3. *obs.* 23. *latissimè Tiraq. tr. de jur. primogen. q.* 40. *arg. l.* 5. *de senat. l.* 2. *§.* 2. *de decur. l.* 9. *§.* 14. *de pœn. l.* 11. *C. de dignit. Briss. de jur. connub. pag.* (mihi) 4. *Rosenth. tr. de feud. c.* 9. *th.* 54. *Diss. Costal. in l.* 7. *de senat. Cors.* 3. *indagat.* 6. *& alii à Tiraq. d. loc. allegati.* Et cùm quoad nepotem ex primogenito, ut patruum excludat, lege Imperii in dignitate Electorali seculari definitum sit, nihil vetat, quò minus idem in ducatibus, comitatibus & aliis dignitatibus minoribus obtineat in Imperio: nisi fortè pacta aut consuetudines familiarum sint in contrarium. b) *Bod. d. c.* 5. *fac.* quòd Princeps tenetur Legibus, nec potest alteri jus suum auferre, *l.* 4. *C. de LL. Cujac.* 5. *obs.* 30. *Coras.* 2. *misc.* 25. *vide sup. disp.* 1. c) hoc enim casu voluntas Principis pro lege est, *§.* 6. *Inst. de jur. N. G. & C. ubi Dd. Cujac. d. loc.*

DISPUTATIO XX.

De mutuo, & Senatusconsulto Macedoniano.

Respondente Joanne Niello Vesalio.

Thesis I.

CRedendi verbum etsi latissimè pateat *a*, speciali tamen & propria magis significatione creditum pro mutuo usurpatur *b*: quod definitur contractus seu συνάλλαγμα *c* jurisgentium *d*, stricti juris *e*, quo quantitatem *f* ea lege damus, ut eadem nobis reddatur in genere, non in specie *g*.

a) adeò ut creditor rectè dicatur, cui ex quacunque causa & obligatione ita debetur, ut exigi quandoq; possit, *l.* 2. *§.* 3. *hic, l.* 10. *& seqq. ubi latè Gœdd. de V. S. Diss. Alc. quem benè refutat Gœdd. ad d. l.* 2. *nu.* 8. *& seq.* b) *l.* 12. *§.* 1. *hic. VVes. par. hic, num.* 2. *Cujac. par. C. eod.* c) & quidem propriè, *arg. pr. Inst. de obl. ex q. contr. Vult.* 1. *jurispr.* 31. *Boc. in l.* 23. *de R. I. c.* 1. *num.* 2. *&* 6. *Diss. Cujac. in l.* 7. *pr. de pact. Rob.* 2. *sent.* 12. *glos. Bart. Alc. & vulgò Dd. in l.* 19. *de V. S.* in qua contractus synecdochicè definitur, non generaliter, ut putant Guib. Costan. 1. *q.* 8. *Gœdd. ad d. l.* 19. *num.* 17. *& seq.* Placet definitio contractus tradita à Vult. 1. *jurispr.* 30. quòd sit conventio cum causa, hoc est,

est, negotio, quod per se sine juris adminiculo efficax est ad actionem producendam, *arg.l.7 §. 2. de pact.l.15.de praesc.verb.* & sic contractus accipitur, quando dicitur quis forum sortiri ex contractu, *Zanger.p.2. de except.c.1. num.43.l.19. §.1.de judi.l.27. de condict. indeb.l.1.C.* ubi de ratiocin. tam publ. quàm priv. d) *§.2.vers.& ex hoc.Institut.de jur.N.G.& C.* minus ergò logica est Dd.distributio mutui in civile, naturale, & mixtum. *Molin.tr.de usur.n.654.Bocer.hic,thes.10.Diss.Mynf.Sneid.pr.Inst.quib. mod.re contrah.obl. Zas.in l.2.§.3.n.24. & seq.hic.* e) *arg §.28.Inst.de act. Bocer.in d l.23.c.2.n.1. & 3.* ubi rectè probat contra quosdam non minus ipsos contractus rectè dici bonae fidei vel stricti juris, quàm actiones ex iis descendentes. f) hoc est, rem in pondere, numero, mensura consistentem, vide bene Cuj.11.*obser.37.Hoto. in comment.ad h.tit.pag. (mihi)* 10.*Gœdd.ad l.4.nu.25.de V.S. Diss.Don.ad l.22.hic. Zas.1. sing.resp.1.nu.22.& ad l.2.pr.n.27.hic*: quia haec est earum rerum similitudo, ut altera res alterius vice per solutionem in genere suo fungatur, *l. 2.§.1.hic.*quam cum communi ita rectè interpretatur Gœdd. *d.loc.n.26. & seqq. contra Hoto.d.loc.pag.*13. (qui in d.§.1. legit, functionem, hoc est, solutionem) Duar. Donel. & alios. Confer Vult.1. *disc.*10.& 14.*item 1.Jurispr.31.n.13.* Malè ergo Acc.*in d.§.1.verb.in creditum,* negat in panibus posse mutuum consistere (cui partim adstipulatur Bart.ibid.dum idem negat, nisi panes ad pondus vendantur) cùm & numerari & ponderari soleant. *Zas.in d.§.1. n.*38. g) *Cuj.par.hic,l.2.pr.eod. arg.l.55.de solut.* An ergò non erit mutuum, si eosdem nummos, quos tibi mutuo dedi, cùm postea iis non indigeres, mihi reddas? Haec fuit sententia Azonis: à qua rectè secessionem facit Accurs. *in d.l.2 pr.verb.st etiem. Zas.ibi .n.9. Don.n.5. Schneid.in pr.Inst. quib.mod.re contrah.obl.nu.*10.*facit d.l.2.§.1. ibi*: magis quàm specie. Ex accidente enim hoc est quod eadem species redditur, non ex mente contrahentium, & quidem creditori etiam invito, si nihil ejus intersit. *Dd. in d.l.2. (Diss.Dec.ibid.)* ab initio tamen ita mutuum contrahi nequit, *d.l.2. Diss.Hieron.Butigella ibid.n.*28. & 29. cui rectè respondet Moller.3.*semest.*1. Eadem ratione defenditur esse mutuum, etiamsi postea res alterius generis reddatur, *argu.l.9.C.de resc. vend.Sneid.d.loc.n.*13.

II.

Causa hujus contractus efficiens principalis ipsa res est, qua non interveniente mutui non nascitur obligatio *a*. Si quis tamen cirographo se debere confessus fuerit, quod sibi numeratum non est, ipso quidem jure tenetur: sed non numeratae pecuniae exceptione intra biennium *b*, si probare nolit *c*, opponenda defenditur.

a) *l.2.§.3.hic,pr.Inst.quib.mod.re contrah.obl.ubi Sneid.n.3.& 4.* unde si tibi decem dem, & paciscar ut undecim mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem, *l.11.§.1.hic,l.17.de pact.* Sed an saltem donationis titulo nummum, qui superest, petere possum? Nego cum Donel. *in d.§.1.* quia donatio ob causam propriè donatio non est, *l.19.§.1.l.27.de donat.*& ut maximè haec dicatur donatio, nulla tamen erit, *arg.l.5.C.de LL.* utpote in fraudem legis, qua pacto usura deberi non potest, adjecta. *Diss.Cuj.in d.l.17.Borch.c.2.de pact.n.28.* An quasi usuram? Non: quia usurae creditae pecuniae ex pacto non debentur etiam in continenti adjecto, per allegata sup.*disp.6. th.28.lit.B.* b) *l.14.C.de non num.pec.§. un.Inst.de lit.obl. Diss.Goth.in l.13.C.d.tit. lit.F.* Quid si procurator, quem ad mutuam pecuniam accipiendam constitui, confessus

fessus sit se recepisse, spe futuræ numerationis, quæ secuta non est, an ex ejus confessione tenebor? Affirmativa videtur verior, quam tenet Zas. *ad d.l.2.§.fin.hic,& 1.respons.21.arg.l.46.§.5.de adm.tut.ubi Goth.Diss.Bart.& vulgò Dd.in d.l.2.* c) nam probare volenti hæc exceptio semper competit, *d.l.14.§.3.l.10.C.de non num.pec.Sneid. Mynf.in d.§.un. Gomes.2.var.resol.6 n.7. & magis comm.Dd.Schurff.2.cons.42.nu.4.& seq. Bronch.1.assert.68.Mozz.de contract. tit.de mutuo, n.9. Diss.Duar.ad tit.C.de non num.pec. Curt.Iun.in l.2.§.2.hic.Hippol.sing.463.Fachin.2.controv.80.* quod multò magis dicendum est de æquitate juris Canonici, cùm creditor non numerans pecuniam, eamq; tamen ex chirographo exigens, vix possit esse sine mala fide; *argu.c.ult.de præscript.c. locupletari,de R.I.in 6.ubi Dyn. Hipp.d.sing.463. (Diss.Fachin.ibiq; allegati 2.controv.81.)* Imò exceptio hæc etiam tum intra biennium à die chirographi competet, si quis hodie chirographo confiteatur, se ante annum mutuò accepisse certam quantitatem, *Cyn.in l.14.C.hic. Gomez d.c.6. n.4. Fachin.2. controv.82. (Diss.alleg.ibid.)* adeò ut ne statuto quidem, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum admittente, hæc exclusa videatur, *argu.l.ult.C.hic.Gomez d.c.6.nu.3.vide Menoch.2.arb jud.cas.199. Fachin.2.controv.83. (Diss.alleg.ibid.)* imò ne ei quidem deneganda est, qui testibus præsentibus confessus est se accepisse pecuniam, *Alc. ad l.qui pecuniam,si cert.pet.circ. fin.Ant.Gabr.comm.concl.tit.de confess.concl.5.Fachin.2.controv.84. (Diss.alleg.ibid.)* imò ne inter mercatores quidem deneganda est, cùm literarum obligatio ab illis ferè originem traxerit, *Alc.ad d.l.n.8. Strach.tr.de mercatur.tit. quom.in caus.mercator.proced. n.9.Fachin.2.contr.85.Diss.alleg.ibid.*

III.

Benignè verò receptum est, ut si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligeris mihi quasi eam à me acceperis, brevi manu: quod in eadem persona recipiendum *a*, ut & pecuniam ex re, quam à me, ut nummis uterers, vendendam accepisti, redactam, fieri mutuam *b* ex stricta juris ratione negavit Africanus: affirmavit post eum Ulpianus, cujus sententia, ut æquior, recepta est.

a) *l.34. mandat.l.15.hic.Ant. Fab.1. conject.18.Pac.3.antin.66.Cuj.tr.8.ad Afr.ad d.l.34.& 8. obs.8.* ubi tamen malè statuit ex qualibet causa nudo consensu hodie mutuum contrahi, *argu.d.l.34.* & expressè in contrarium est *l.6.C.hic. vide A.Fab.5.conj.10.* b) *d.l.34.l.11.hic.Pac.3. antin.64. Ant.Fab.3.conject.19.Hoto.ad h.t.pag.11.& 21. 25. vide etiam Robert.2.sent.4.& 5.Coras.6.misc.16.Connan.7.comment.1.Zas.ad d.l.15.ibi. latissimè Don. & in pr.d.l.11.num.3.* qui frustra & per divinationem quæsitis coloribus nituntur conciliare. Obiter & illud hinc pro consectario deducimus, rectè rem æstimatam pro pecunia dari, ut contrahatur mutuum, *vide l.8.ubi Goth.C.hic,Connan.7. comm.1.n.1.Molin.tr.de usur.n.659.661.& seqq.Diss.Donell.ad d.l.11.hic.*

IV.

Mutuare possunt omnes qui & consentire *a*, & qui rerum quæ mutuo dantur dominium & administrationem habent *b*.

a) *l.1.§.3 vers.adeò, de pact.* hinc dissensu circa causam dandi & accipiendi interveniente negatur transferri dominium in accipientem, *l.18.hic.* quod rectè Wes. *par.hic, nu.12.* accipit de effectu translationis dominii, quia nummi hoc casu repeti possunt, *l.36.de adq.rer.dom.* Probat hanc conciliationem Donel. *ad d.l.18.nu.6.* quia

hæc ver-

hæc verba (magisque nummos accipientis non fieri) propriè quidem significant dominium non transferri: at possunt etiam ita accipi, ut significetur eos accipientis non fieri perfectè: qualis locutio est *in l.38.§.3.de solut.* (quo non animadverso A. Fab.2.*conject.*7.in specie *d.§.3.* putat dissensisse JCtos propter *l.9.§.pen.de statulib.*) Sed & ita usus est juris, ut non videatur quid alicujus fieri, quod aliquo modo potest ab eo avocari, *l.71.de V.S.* Dissen. diversimodè à superiore solutione Goth.Costal.*ad d.l.18.Zas.ibid.n.4.Fac.3 ant in.67.* Repetenti verò domino consumtis, non etiam adhuc extantibus nummis, doli exceptio objici poterit, *d.l.18.ubi Cyn.Bald.Alex.Fulgos.Ias.Zas.nu.13.Donell.n.6.Diss.ibid.Acc.Bart.Castr. & alii per l.25.de donat.* b) *l.2.§.pen.hic, ubi gl. & Dd.* Speciali tamen ratione provinciarum præsides olim tam mutuari quàm alia ratione in provincia negotiari prohibebantur, quia videlicet annui erant, *l.33.ubi Cost.Don.n.2.Duar.hic,c.2.Sich.ad l.eos.C.hic.vid.Cuj.16.obs.13.* cùm verò hodie perpetui sint, huic juri locus non est, *arg.l.34.hic.ubi Goth.& Don.n.7.Zas.nu.4.15.* Diss. ib. Salic. propter impressionem, ut loquitur, terroris, qui tam potest esse in perpetuis, quàm in temporaneis.

V.

Administratores civitatum (ipsa enim civitas accipiendo mutuum ut privatus obligatur *a*) si mutuam accipiant pecuniam, vel quamlibet aliam rem fungibilem *b*, eatenus obligantur civitates, quatenus in Reip. utilitatem versam esse pecuniam creditor probat *c*: alioqui ipsi soli qui contraxerunt *d*, tenebuntur *e*.

a) *arg.l.15.ad Maced.Cost. & Dd.vulgò ad l.civitas,27.hic,ibid.Don.n.3.Zas.nu.12.*ubi rectè reprehendit Bart.dicentem, contractus civitatum habere vim legis, *adde sup disp.*10.*th.*4.*in fin.* b) eadem enim subest ratio Jas. Zas. *num.4.in d.l.27.Diss.Bald.in l.15.hic.* restringens hoc ad pecuniam numeratam. c) *d.l.27.ubi vulgò Dd.Zas.ibid.n.9.Nov.120.c.6.§.3.* Quomodo verò hoc probari possit, vide Bart. *in d.l.27.n.4.Alc.n.6.Zas.n.10.Don.n.10.Menoch.arb.jud.q.li.2.cas.432.n.35.H.Pist.1.q.37.n.44.* unde est, ut civitati perpetuò competat exceptio non numeratæ pecuniæ, *Bald.Roman. & vulgò Dd.ad l.11.de pign.Mozz.d.tr.de mutuo,§.venio ad primam,post nu.18.Fachin.2.controv.86.(Diss.Ripa in d.l.11.n.10.* d) *d.l.27.* nisi hoc iis, quibus aliàs simpliciter administratio permittitur, specialiter concessum fuerit, *l.13.pr.de instit.act.Alc.d.loc.ibid.Bart.n.2.Zas.nu.14.Don.n.3.& seqq.* aut consilium repræsentans totam civitatem (arguendo à delictis ad contractus probat Barr. *d.loc.per l.9.§.1.quod met.caus.* quem post alios ibid. sequitur H.Pist. *d.loc.num.1 & seq.*) vel certè officiales, quibus Reip. administratio, non sola executio jurisdictionis committitur, contraxerint. *Pin.ad d.l.2.C.de resc.vend.p.2.c.4.n.68.Bart.in l.33.nu.3.hic,confer sup.disp.10.th.15.* e) condictione ob causam dati causa non secuta, non ex mutuo, quod cum illis contractum non est, *arg.l.19.hic,l.1.§.1.de pact.l.6.§.1.de negot.gest.l.ult.de inst.act.Don.in d.l.27.n.1.Diss.ibi.vulgò Dd.*

VI.

Hæc quidem ita stricto jure: verùm si pecunia aliena, vel quam pupillus, furiosus, prodigus & similes quasi mutuam dederint, bona fide consumpta sit, mutuum convalescere utilitatis causa receptum est.

L.11.§.2.cum l.seq.l.19.§.1.hic.§.2.Inst.quib.al.lic.l.56.§.2.de fidejuss.l.81.de jur.dot.Cuj.13.obs.28.

*obs.*28. ubi eleganter inquirit, quæ ratio sit, cur liberatio non contingat nisi nummis consumtis, sed quæ actio his dabitur? certi condictio ex mutuo, *argu. l.*12. *hic. de qua infra. Diss. Acc. in d.l.*12. *verb. condictionem*: qui putat non hanc dari, sed condictionem sine causa, vel certi generalem: hoc quidem rectè: nisi cum Dd. duplicem statueret certi condictionem, *in l.*9.*pr. verb. certi condictio, hic. & in pr. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

VII.

Mutuari possunt patresfam. puberes & mentis compotes: filiosfam. verò pecuniam numeratam *a* mutuo accipientes, Senatusconsultum Macedonianum, maximè in odium fœneratorum introductum *b*, perpetua exceptione *c* tuetur: & ita quidem, ut neq; filiusfam. huic SCto renunciare *d*, neque minus paterfam. honore vel dignitate functus se eodem defendere possit *e*.

a) *l.*7.§.3.*ad Maced.* b) *l.*20.*pr. de cond. indeb. Myns. ad* §. *illud propriè, n.*9. *Instit. quod cum eo qui in al. pot. Diss. Connan.*7. *comm.*2. *num.*7. c) *d.l.*40. *Don. in proœm. C. de except. nu.*14. *Cuj. in not. poster. ad d.*§. *illud propriè.* Wes. *par. nu.*9. *ad Maced. Gomes.*2. *var. resol.*6. *n.*2. d) *Acc. Cost. in l.*11. *d. tit. Myns. d. loc. Gomes. d. loc. Diss. Zas.*2. *sing. resp.*28. Quid si juramento interposito huic SCto renunciaverit? Quidam eum nihilominus efficaciter obligari negant, quorũ sententia indistinctè accepta verior est, *arg. l. ult. C. de non num. pec.* Quidam contra juramento effici statuunt, ut efficaciter obligentur: quod rationi juris adversatur, quæ nemini vult fraudem suam prodesse, quæ hîc præsumitur, in eo, qui ad juramentum adigit filiumfam. quem sciebat juris communis beneficio esse tutum. Neque firma juris ratione vel textu nititur doctrina Gomes. qui d. loc. utramque opinionem ita conciliat, ut putet filiumf. hoc casu in vita patris efficaciter obligari: postea verò contra. e) *l.*1.§.*fin. ubi Costal. d. tit. Hot. ad eund. tit. facit l.*6. *C. de LL. Dissent. ad d.l.*1.§.*fi. Gothof. & gl. per Nov.* 81. *princ. vers. nunc autem.*

VIII.

Cessat hoc SCtum si paterfam. factus debitum agnoverit totum, vel ejus partem *a* (diversum est in pignore *b*) si pro patref. se gerat, & ex justa ignorantia *c* talis habeatur, quam probabit creditor *d*, & aliis modis *e*.

a) *l.*7.§.*pen. & ult. ubi glos. & Cost. ad Maced.* b) *l.*9.*princ. & ibi gloss. d. tit. Diss. Conn.*7. *comm.*2. *num.*8.9. c) *l.*3.*pr. d. t.* d) *Cost. ad d.l.*3. *Bald. in l.*1. *C. eod. Diss. ib. Acc.* e) *de quibus passim sub tit. D. & C. ad Maced. Hot. in comm. ib.* & quos ad septem capita revocat Vult.1. *Iurispr.*1. *num.*21. *& seqq.* Illud expediti juris est, quòd filius æs alienum à patre contractum solvere non teneatur, si hereditate ejus abstineat, *l.*2. *ubi Bart. & Dd. l.*4. *C. ne fil. pro patre. Myns. resp.*5. *n.*2. adeò, ut ne quidem ex fructibus feudalibus solutionem creditores paterni obtinere possint, nisi sit feudum hereditarium, *Myns. d. resp.*5. *n.*9. *& seqq. &* 3. *obs.*67. *Geil.*2. *obs.*154. *Wes. cons.*50. *n.*10. aut nisi statuto ad debita patris obligetur; quod statutum valere tradit Myns.1. *obs.*29. *in fin. Geil.*1. *obs.*36. *nu.*3. quod & in uxore, ut ex statuto obligari possit ex debito mariti, usus recipit, *Myns. d. obs.*29. *Geil.*2. *obs.*84. *n.*11. *&* 2. *obs.*90. *in prin. Coler. p.*1. *de proc. execut. c.*3. *n.*39. *Moller.*2. *semestr.*41. *n.*8.

IX. Pa-

IX.

Pupillus mutuum absq; tutore auctore accipiens tum demum obligabitur, si locupletior factus sit *a*: quod & in prodigo verum est *b*: non autem in pubere minore, qui etiam curatorem habens, sine ejus auctoritate obligatur *c*.

a) quod rectè sentiunt effectum esse constitutione D. Pii, ut satis innuit *l.3. pr. commod. juncta l.3. §.4. de negot. gest. Cujac. ad l.127. de V.O. Vult.1. discept. schol.16. Gothofr ad l.25. §.1. quand. dies legat. ced. Pac. cent.4. legum concil. q.* 10. *Diff. Rob.2. recept. lect.* 17. (cui respondet Cujac. 7. *obs.4.*) *idem 3. animadvers.21. & duob. seqq.* (cui respondet Cujac. *in not. Mercat. lib.3. c.21. & duob. seqq.*) *Donell. in d.l.127.* (cui respondet Borch. *ibid.*) *Coras.6. misc.22.* adde quæ dicta sunt *disput.6. thes.16. lit. A. confer l.15. pr. & §.1. de auct. tut. l.13. § fin. l.41. de cond. indeb. l.9.10. de inst. act. l.6. de negot. gest. &c.* vide & quæ in contrarium adfert Wes. *in §. pupillus, nu.2. Inst. de inut. stip.* b) *l.6. ubi vide Cuj. de V.O. Borch. c.3. de pact. num.11.* Sed quem accipiemus prodigum? An cui lege sola bonis interdicitur? Ita voluit Accurs. quamvis hæsitanter loquens *in l.18. qui testa. fac. poss.* (cujus glos. corruptam esse eo in loco scribit Bart.) eum secuti sunt Fulgos. Imol. ibid. & Donel. *in d.l.6. de V.O.* An semper opus est intervenire factum judicis sive magistratus? Ita voluit Bart. *in d.l.6. & in l.8. pro emt.* quem Jas. Duar. & Cujac. ibid. sequuntur, & communius Dd. ut videre est ex allegatis *disp.6 th 16. lit. D.* Utraque opinio defendi aliquatenus disputando potest: sed ratione juris magis confirmatur posterior, imò pro ea textus est satis evidens *in l. tres tutores, 55. in fin.* quem ad hoc alleg. Bart. & notat ibi Goth. c) *l.101. ubi de V.O ubi Cujac & idem 19. obs.33. Vult.1. Jurisp.27. & 1. discept.16* ubi eruit sensum *l.13. C. de in int. restit.* quem prolixo commentario illustravit Fr. de Cald. Diff. glos. & Dd. *in d.l.101. Sichard. in d.l.3. Duar. & Donel. in d.l.101.* eamq; sententiam multis argumentis defendere conatur Gœdd. *ad l.21. de V.S. adde Robert.1. animadv.12.* (cui respondet Cuj. *in not. Mercat. lib.1. c.12.*) Quin etiam curatorem non habens mutuatus in integrum non restituetur, si creditor ipsum locupletiorem factum probet *l.1.2. C. si advers. cred. Molin. de usur. nu.* 280. *vide Hart. Pist. 1. quæst.37.*

X.

Nascitur ex hoc contractu actio, quæ certi condictio appellatur *a*, & generalis est, competens ex omni actione qua certum petitur *b*.

a) *pr. Instit. quib. mod. re contr. obl.* dicitur & mutui actio, *l.5. C. quib. non objic. long. temp. præsc.* item, actio si certum petatur, *l.1. pr. de condict. tritic.* item actio Calendarii, *l.39. §.14. de admin. tut. Cujac. tract.8. ad Afric. in l. penult. hic.* si pecunia credita sit sub usuris: quod an licitum sit, vide infra *part.2. disp.3. th.1.* b) *l.9. hic. & ibi Donell. nu.4. Zas. nu.9. Oldend. class.4. act.17. Diff. Robert.2. animad.3. Cujac. par. hic. & tr.2. ad Afric. in explicatione l.23. hic. Bart. Ias. & magis communiter Dd. in d.l.9. Sneid. in §. sequens, num.6. Inst. de act.* Sed an etiam hæc actio competet ex contractu innominato? Ita volunt plerique modò allegati, quorum opinionem tuetur Cujac. *ad l.74. de V.O. Borch. c.6. n.4. de pact. Wes. par. hic, n.14.* moventur ad hoc asserendum *per l.9. pr. hic.* Sed refelluntur abundè *per l.1.2.3. de præsc. verb.* quibus nihil derogat vel obstat *d.l.9.* ubi abusivè contractus dicitur incertus, qui talis olim fuit: sicut tutor, bonæ fidei possessor dicuntur, etiamsi tales esse desierint, *l.1.2. C. de in lit. jur. l.45. de usur.* quam de

tali bonæ fidei possessore accipiendum esse docet Vult.*1. disc.20. vide Don. d. loc. nu.12. & seqq.* accuratè hæc explicantem.

XI.

Qua conventus creditum totum *a* in eodem genere, eademq; bonitate & qualitate, quamvis hoc nominatim cautum non sit, reddere compellitur *b*.

a) creditor enim invitus particularem solutionem admittere non tenetur, *l.41.§.1. de usur. arg. l.25.§.13 fam. erc. quib. obstare videtur l.21. hic.* vide de tota quæstione plenè differentem Hot. *ill. q.22. Cost. & Donell. ad d.l.21. Gœdd. ad l.32. nu.9. de V.S. Diss. Molin. & alii ibid. relati.* Non tamen nego, quin invito creditori ante diem rectè solvatur, *arg. l. pen. C. de pact.* dies enim adjicitur in favorem debitoris, *l.17. & ibi Fr. Duaren. de R.I. Gœdd. ad l.12.§.1. n.5. de V.S. Diss. Cuj.23. obs.23.* Quid si creditor partem tantùm debiti petierit, & post litem contestatam probet totum debitum, an judex eodem judicio & eadem sententia de toto rectè pronunciabit? Ita sanè: *facit text. in §.34. ubi Fab. Plat. Ang. Ias. Inst. de act. l. ult. in fin. C. de appell. Alc. in l. edita. C. de edend. Zas. in d.l.21 nu.10.11. hic. Diss. Acc. & eum secuti Dd. in d.§.34.* b) aliud enim pro alio invito creditori solvi nequit, *l.2.§.1. hic.* Hinc nec vinum novum pro veteri, *l.3. hic.* (vetus autem definio, quod præterito anno crevit ac collectum est, *l.11.12. de trit. vin. ol. leg. facit l.10. C. de erog. mil. annon. Goth. ad d.l.3. hic. Diss. Bart. ibid. num.3.*) Imò nec vetus, licet melius pro novo reddi potest, si ex ea re creditori aliquid futuri temporis periculum immineat. *Alc. in d.l.3. nu.11.* ubi Salicetum idem sentientem defendit ab argumentis Alexandri. *Diss. gl. Bart. & Dd. in d.l.3.*

XII.

Nummos verò mutuo acceptos si debitor in eadem forma vel materia reddere non tenetur *a*. Quod si horum mutatio contigerit, sive in bonitate intrinseca *b*, sive extrinseca *c*, semper secundùm eam bonitatem facienda est solutio, quam habuerunt tempore contractus.

a) æstimatio enim nummorum credita est, non corpora, *arg. l.49.§.1. de sol. l.19.§.2. l.45 in fin. de cond. indeb. l.24. depos. l.5. de impens. dot. l.34.§.3. de leg.1. l.95. in fi. de leg.3. l.68. ad Treb. l.10. pr. de accept. facit bene l.65.§.1. de V.O. Don. in l.3. nu.10. hic. Hot. ill. q.15. Cuj Nov.4. c.3. & in l.59. de V.O.* nisi creditor ex ea re damnũ aliquod passurus sit, *l.99. de solut. vide gl. in l.35. verb. æstimatione. C. de don. Covar. c.7.§. un. nu.1. de collat. vet. num. Pinel. in rubr. part.1. c.3. n.16. & seq. ubi & Soar. in addit. Fulg. Alc. Purpur. in l.2.§.1. hic. adde Soar. in com. opi. verb. monetam, n.205. Diss. Bart. & Dd. in l.3. hic.* ubi vide quæ eleganter per discursum annotavit Goth. b) *Hot. d. q.15.* & ita unanimi ferè consensu sentire Dd. testatur Borch. *ad c. un. quæ sint regal. nu.62.* c) *Hot. d. loc. Panorm. in c. quanto, n.12. de censib. Molin. tr. de usur. n.693. & seqq. præcipuè n.707.* & aliquot alii, quos citat & sequitur Covar. *in collat. vet. numism. c.7. Don. d.l.3. nu.9. & seq. A. Tessaur. decis.174. n.1. Mynsi.4. obs.1. Ioan. Kopen. decis.1. Diss. Cujac. in d. Nov.4. c.3. & ad d.l.59.* eamq; sententiam communiorem esse testatur Borch. *d. loc. nu.58. Gail.2. obs.72. sequitur & Cost. in l.42. de jur. dot. vide Pinel. d. loc. num.21. Boër. decis.316. Guid. Pap. decis.493.*) Nota tamen, quòd augmentũ monetæ non debeatur in credito usurario, & pro quo solvitur interesse, ne debitor duplici onere gravetur, & facit, quòd simpliciter in illo credito quantitas non corpora nummorum considerantur, *vide Caballin. tract. de usur.*

usur.q.90.n.686. & seq. A. Gabr.3.comm.concl.tit.de solut.concl.1.n.33. Tessaur.d.decis.174. n.2. quod aliud est in venditione cum pacto reluendi. *Cagnol.in l.2.q.73.num.210.C.de pact.int.emt.* item in debitore moroso, qui etiamsi interesse solvat, tamen ex die moræ etiam ad interesse augmenti, monetæ tenebitur, *Gabr.d.loc.n.6. Tessaur.d.decis.n.3.& 4.idq; probat etiam Nov. Elect. Aug.p.2.c.28. Kopen.d decis.2.in fin.* Coronidis loco hîc notetur etiam illud: cùm lex vel statutum aliquam pecuniæ mentionem facit, cujus temporis æstimatio attendatur? Distinguunt Dd. ut si lex illa vel statutum statim & immediatè absque alio actu obligationem solvendæ pecuniæ formet, ut tum æstimatio, quæ fuit tempore constitutionis vel legis factæ, attendatur, *ut in c.conquerente, ibiq; gl.in verb.solidos, de off.ord.jud.* cùm autem obligatio ex tali lege non nisi mediante aliquo contractu vel actu formatur, tum in dubio æstimatio fiat juxta tempus contractus: nisi expressè valor, qui tempore constitutionis fuit, etiam hoc casu in lege constituatur; ut in Camera Imp. circa marcam auri computandam: & jure Saxon. circa solidum & Wergeldum, *pulchrè Ioan. Kopen.decis.5.per tot.* ubi & illud in fine eleganter addit: quãdo lex simpliciter aliquid de pecunia disponit, verbi gratia, donationem quingentos solidos excedentem absque insinuatione non valere: tum valorem accipiendum esse secundum tempus statuti, *adde infra p.2.disp.2.th.6.lit.C.*

XIII.

Si species debita ampliùs non reperiatur, aut à debitore præstari non possit, ejus æstimatio rectè solvitur *a*: in cujus ratione ineunda generaliter sciendum est, quòd in bonæ fidei judiciis rei judicatæ, in strictis autem litis contestatæ tempus spectatur *b*: excepto tamen eo, quod in obligationibus in diem conceptis, ejus temporis habetur ratio, quo dies venit *c*.

a) *l.71.§.3.de legat.1.Nov.4.c.3. Don.ad l.22.n.4.hic. Borch.ad c.un. quæ sint regalia, n.63. Zas.ad l.2.§.1.nu.12.& seq.hic.* Dissent. Jac. de Arena, qui indistinctè asserit debitorem in hoc contractu æstimationis præstatione liberari, *per l.22.hic.l.42.de fidejuss.l.59.de V.O.* in cujus fine verba illa: (alioquin aliâs rei captio erit) interpretamur cum Cujacio, ut sensus eorum sit: (alioquin alio tempore ex ea re promissor damnũ patietur) Dissent. Hot. *ill.q.16.* qui legendum putat: (alioquin alius rei pactio erit.) Interim verum est, argento ad pondus mutuo accepto, pecuniam, non tamen ære contaminatam, reddi posse, *l.1.§.fin.l.9.l.35.de aur.arg.leg.35.C.de donat.* ut contra Hugolin. tradit Acc. *in d.l.2.§.1.verb.in creditum*, cujus sententiam hoc temperamento probamus, si pecunia purè argentea, & quidem in pondere, non numero reddatur. *Zas.d.loc.num.19. vide Toming.decis.19. Modest. Pist.1.cons.27.q.1.& 3. Menoch.cons.258.*

b) *d.l.22.hic, l.ult.de condict.tritic.l.3.§.in hac commod.* Ratio rectè assignatur, quia in his judex ad certam quantitatem in judicium deductam adstrictus est: ideò petitionis tempus spectatur, & petitur res uti nunc est: in his verò judex liberam ex bono & æquo æstimandi potestatem habet, quantum dari oporteat, ideoq; totum refertur ad tempus rei judicatæ. Et hactenus jus regulare: nam sunt in utroque casu exceptiones. In bonæ quidem fidei judiciis si moram facit venditor in tradendo, si res pluris fuit cõtractus tempore, quàm rei judicatæ, *l.3.§.ult.de contrah.emt.* item, si emtor moram facit in accipiendo, *d.§.ult.* item, si fidejussor pro reo hominem solvens, mandati agat, *l.37.mandati.* In stricti juris judiciis, si debitor ante litem con-

testatam facit moram, condemnatur utro tempore res pluris fuit, *l. penult de condict. tritic. vide eleganter Cuj. ad d.l.59. de V.O. & tr.8. ad Afric. ubi explicat d.l.37 mand. adde Hotom. d q.16. Pac.3. ant in.72. Duar. ad tit. C. hic. c.8.* Dissent. diversimodè *Dd. ad d.l.22. hic.* qui distinguunt, an æstimatio debeatur jure actionis, ut tum tempus contractus spectetur. *Bart. Alex. Costal. d loc.* an officio judicis: ubi subdistinguunt, an fiat per juramentum in litem, quod est affectionis, ut tum tempus rei judicatæ spectetur, *Bart. Bald. Salic. Alex. Cost. d. loc.* an secundùm veritatem, ubi Bart. & eum secutus Cost. *d. lo.* semper tempus moræ spectant, *per d.l.22. & l. pen. de cond. trit.* sed Fulg. Cast. Alex. Alc. tempus litis contestatæ spectari contendunt. Ut verbo dicam, tam difficilem Cost. putat *d. l. 22.* ut cum aliis convenire propè nequeat. Nobis suprà posita expositio Cujacii & Hotomanni plana satis videtur, in qua exceptiones cum suis rationibus à regula rectè separantur. Vide etiam latè Donel. *ad d.l.22. n.6. & seqq.* qui & ipse partim dissentit, dum facta mora inter genus & speciem debitam distinguendum putat. c) *d.l.22. d.l.59. d.l. ult. de cond. trit Cuj. & Hot. d. loc.*

XIV.

Ab hac actione casus fortuitus, quo res mutuo accepta amissa est, non liberat debitorem *a*: quod tamen juri generali non derogat, quo cavetur, casus fortuitos in re debita incidentes nullo planè judicio, & à nullo debitore præstari *b*: nisi quid debitori queat imputari, vel aliud actum sit *d*.

a) *l.11. C. hic.* ubi Gothofr. ejus rationem bene assignat. *Ant. Gabriel. 3. comm. conclus. de reb. cred. concl.1. (vide Hot. ill qu.30.)* quod etiam procedit in debitore pupilli sine tutore mutuum dantis, licet nummi accipientis non fiant, *§.2. Instit. quib. al. lic. arg. l.3. §.5. ibi: non debet adversus, &c. de Carb. edict. gl. Bar. Zas. & vulgò Dd. in l.19. §.1. hic.* explosa contraria Azonis sententia. b) *l.6. C. de pign. act. l.5. hic, l.23. de V.O.* quod pluribus eruditè probat Nic. Reusnerus *in tr. de casib. fortuit.* & inde descripta disputatione. c) puta si ejus in restituendo injusta mora, *l.12. §.3. depos.* vel culpa casum præcessisset, *l.5 §.4. commod.* nam tum non locus est distinctioni, an res eodem naturali fato apud creditorem fuisset peritura: quam malæ fidei possessor nunquam, *arg. l.9. C. de furt. l. fin. de cond. furt.* bonæ fidei ita demum habet, si ei sit justa litigandi causa, *arg. l.63. de R.I. l.21.24. de usur. l.12. §. fin. depos. &c.* quod totum eleganter probat Gœdd. *ad l.12. §.1. n.9. de V.S. contra Duar. Hotom. & alios. Diss. etiam Cujac. ad d.l.23. Lamb. de Rampon. ad l.5. hic, Delrio ad l.23. de R.I. cap.21. confer supra disp.15. thes.7. lit. B.* d) *Delrio d.c.21. in interpr. pragm.* ubi multis ll. hoc tam de tacita quàm expressa conventione verum esse probat. Sufficit igitur casus fortuitos præstandos generatim pacto comprehendi, *l.7. §.15. de pact. Delr. d. loc. Diss. Io. glossat.* Non tamen probo, quod ibi Delrio subjicit, si convenerit de periculo præstando, & ex natura contractus tantùm dolus, aut dolus & culpa lata & levis præstetur, tum ex hac conventione tantùm culpam levissimam, non etiam casus fortuitos præstari. Propriè enim periculum pro casu fortuito accipitur. *Bocer. ad d.l.23. c.3. num.8.* Et sic periculum accipio *in l.4. pr. hic, cum Io. glossat. Don. ibid. n.1. Greg. Lopez. 1. animad. 12. Diss. Acc. ibid. verb. periculo. Zas. n.15.* Ratio: non quia res solius depositarii gratia deposita est, sed quia mutui nomine, quod à creditore non sua gratia differebatur, sed officii causa, ut accipienti in eo gratificaretur, ex quo durum esset ipsum damno affici, *l.8. pr. mand. l.61. §.5. de furt.* Quid, si debitor pacto se obligârit, nisi constituta die solvat,

quòd

quòd ire velit in carcerem? Eatenus hoc pactum valebit, si quidem prius facta excussione bonorum, inveniatur non solvendo: vide Villalob. *in comm. opin. lit. D. n. 10. Coler. tract. de proc. exec p. 1 c. 2 & 7. per tot. Dan. Moller. 1. semestr. 35. & seq. vide & Novell. Constit. Elect. August. p. 2. c. 21. & seq.* ubi distinguitur primò ratione executionis, ut nimirum eam creditor mediante judice petat, si debitorem fugitivum creditor apprehenderit, illum judici tradat, in cujus territorio eundem invenit: deinde ratione sexus, ut mulier ob debitum civile non incarceretur (quod idem jure communi statuitur *auth. hodie, C. de custod. reor. Nov. 134. c. 9.*) nisi de privilegio sexus certiorata super suo proprio debito se ad carceres obligaverit: super debito verò alieno, etsi mulier se ad carcerem obligasset, inanis est cautio, nisi præterea & Vellejano renunciarit, *vide inf. disp. 25. th. 4. & 5. & p. 2. disp. 28. th. 4. lit. G.* Sed in casu ejusmodi incarcerationis, wenn man den nicht zahlenden in Schuldthurn wirfft / an creditores teneantur alere debitorem? Ita omninò existimo: cùm quidem jus illud videatur in locum illius rigorosi juris 12. tabb. & Saxonici etiam veteris apud nos successisse, quo debitor creditori mancipabatur: quod ipsum non fiebat, nisi prorsus esset excussus, ut nihil ei, ne quidem ad alimenta superesset. Illo verò casu, quo vel excussus omninò non est, vel excusso aliquid pro alimentis relictum, verius est quòd suis se sumtibus alere teneatur: quo in sensu accipio allegata à Dan. Mollero *lib. 1. semestr. 36. num. 1.* Quò facit, quòd nec cessio bonorum ita strictè urgeri debeat, quò minus aliquid pro alimentis relinquatur, *vide inf. p. 2. disp. 24. th. 4. lit. D.*

XV.

Si debitor solvendo non fuerit, melior est in exigendo eorum conditio, qui in ædificium extruendum reficiendúmve crediderunt: hi enim tacitam hypothecam habent ex SCto *a*. Qui verò aliàs in rem obligatam emendam vel reparandam credidit, is inter chirographarios quidem creditores privilegium habet *b*, non verò tacitam hypothecam *c*, sed expressam *d* privilegiatam *e*.

a) *l. 25 hic, ubi Zas. n. 5.* rectè ait hanc etiam præferri expressam habentibus, contra Jo. glossat. *l. 1 in quib. caus. pign. tac. cont. & ibi Goth.* b) *l. 26. l. 34. de reb. auct. jud. poss.* c) *Vanderan. tr. de privil. cred. c. 8. Diss. Cuj. 8. ad Afr. ad l. 9. qui pot. in pign. Goth. ad d. l. 25.* Sed cur superiori casu diversum obtinet? Quia Reip. interest, civitatis aspectum ruinis non deformari. *Salic. in d. l. 5. Donell. in d. l. 25. nu. 3. Diss. Vanderan. d. loc.* d) *l. 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot.* e) adeò, ut etiam tempore prioribus præferatur, *Nov. 97. c. 4.* cedit tamen doti priori. *Cujac. par. C. de priv. fisc. & ad Novell. 97. & in Merc. 3. not. 14. Diss. Robert. 3. anim. 14. & in notis ad Merc. 3. c. 14.* non etiam fisco, *l. ult. §. fin. qui pot. Diss. gl. Bart. Bald. Ang. ibid.* Hæc quidem ita si nominatim ad emendum vel reficiendum pecuniam numeravit, *Vander. d. c. 8. Dissen. Bart. & alii in d. l. 5. qui pot.* eaq; in eas causas conversa sit, *Nov. 97. c. 3. ibi: quorum pecuniis, &c. & arg. l. 6. qui pot. Diss. Alc. in d. l. 25. hic.*

DISPUTATIO XXI.
De Jurejurando.

Respondente Joanne Rentzelio Hamburgensi.

THESIS I.

JUramentum est religiosa affirmatio *a*: & in duas species rectè dividitur: una quæ de causa non controversa: altera quæ de causa controversa interponi solet *b*.

a) *Cic.3 Offic.circa fin.in edit.Gothofr.tom.4.fol.436.lit.B.sequitur Duar. in tit. D.hic.c.1.& Cuj.parat.ibid.& in par.C.eod.* Varias olim jurandi formulas fuisse apparet *ex l.3.§.ult.l.4.5.13.§.ult.l.33 hic,l.2.C.de reb. cred. & jurejur.* vide eleganter has colligentem Briss.*lib.8.de form.pop.Rom* ubi *ex Dione lib.*44 notat, post cædem Julii Cæs. decrevisse Senatum, ut per genium Principis juraretur: quod juramenti genus Christianos vitasse, sed tamen per salutem Principis jurare solitos tradit Tertull. *in apologet.c.*32.De solenni veterum Romanorum juramento PER JOVEM LAPIDEM,vide Agell.1.*noct.Att.*21.*Fest.Grammat.lib.*11.*Plutarch.in Syl.VVes.hic,nu.6.Polyb. lib.*3.*Liv.lib.*21. Hodie in benè constitutis Rebusp. ea tantùm jurandi formula utimur,quæ per Deum fit.*Deuter.6.ver.13.& 10.ver.20.Matth.5.vers.33.& seqq.adde Rom. 14.vers.11.Phil.2.vers.10.& seq.& exempla vide Rom.1.vers.9 & 9 vers.1. 1.Cor.15.vers.31. 2.Cor.11.ver.31.Gal.1.ver.20.Phil.1.ver.8.Apoc.10. vers.6.* cui interdum obtestatio conjuncta est,*ut 2.Cor.1.vers.23.Ita doces & c.26.de jurej.& Wes.par.hic, nu.6.* Moribus verò receptum est,ut & pro alio jurari possit, quod vocant jurare in animam alterius, & ad hoc allegant *c.fi.de jur.cal.in 6.& ibi gl.Bar.in l.2.§.sin autem,nu.1.C.eod.Geil.1.obs. 83.n.1.& obs.88.n.1.& obs.89.nu.1.*quod an omninò rectè fiat,non immeritò ambigere possis, *vide Wes.in par.C.de jur.cal.n.6.in fin.* Jure certè consuetudinario Saxonum quoties jusjurandum exigitur, in propria persona, non per alium præstandum venit,*Zobel.1.diff.*27.per identitatem rationis *ex Landrecht lib.1.art.46.* Vulgata hodierno usu jurandi formula,bey Fürstlichen oder Adelichen Ehren und Trewen/juramento quidem ut æquipolleat in Camera receptum est, *Myns.1.obs.17. Geil.2 obs.59.per tot.*juramentum tamen verum illa non est.*Wes.d.n.6.*ideò ubi corporale juramentum in forma & de solennitate requiritur,sufficiens non est: formale enim per æquipollens non adimpletur, *l.33. hic, ubi notant Dd.* An verò interpositio fidei, an Eydes statt/pro juramento habeatur,expeditum satis non est. Promissio tamen per fidem Christianam facta,bey seinen Christlichen Trewen und waren Worten/pro juramento haberi traditur,*Wesenb.cons.52.n.39.vol.2.Covar.1 part.relect.in c.quamvis,§.2.de pact.in 6.Myns.1.obs.19.adde notata sup.disp.8.th.5.in fin.*quod & olim voluerunt *Cyn.nu.4. Bart.nu.8.Fab.nu.1.in auth.sacramenta,C.si adver. vend.* & ita jam suo tempore observari solitum ait Salic. *ibid.n.6.Ias.in l.3.§.jurari,n.3 hic.*quod & de nuda fidei interpositione accepit Panor. & Canonist.*in c.ad aures, de his quæ vi met. caus.* quod tamen de jure civili procedere rectè negavit Fab.*in §.item si quis,Inst.de act.n.15.* & eum secuti alii. Sanè quoad promissionis observationem omnes has formulas ejusdem cum juramento esse efficaciæ, quoad pœnam autem differre facilè crediderim, ut scilicet majorem incurrat, qui juramento verè facto non stetit,*Myns.d.obs.17.in fin. Covar. d. loc. ver. nono ab eadem.Alc.in l.41.verb.invocato,C de transact.* Definitionis consectarium est,quòd juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis,*c.animadvertendum.22. quæst. 2. c.etsi Christus,de jurejur.gl.in auth.quod eis,C.de nupt.Menoch.cons.401.n.198.& seqq.* b) *Vult.1.discept.schol.7.Duar.d.c.1.*

II.

Juramentum quod de causa non controversa interponi solet, adhibetur

tur in negotio aliquo, quod geritur gestúmve est *a*, vel confirmando *b*, vel personas fide adstringendo *c*.

a) hujus tamen major vis de jure civili non est, quàm nudi pacti, *arg. l. 56. de fideju. l. 95. §. 4. de solut. l. 11. §. 1. in fi. de injur. l. 7. §. 16. de pact. l. 5. C. de LL. l. 1. vers. quod si existant, C. de natur. lib.* vide pulchrè differentem Cujac. 22. *obs.* 7. ubi benè probat, id in tantum esse verum, ut sicut ex pacto actio non detur, nisi lege confirmatum sit, *l. 6. de pact.* ita neq; ex juramento, nisi id ex legibus descendat, *vide eandem in para. 6. hic, & Ias. in d. auth. sacramenta, n. 9. Diss. Wes. par. hic, n. 13.* Unico tamen casu ex jurejurando non descendente ex legibus datur actio, nempe si libertus juraverit, se patrono operas, donum, munus præstaturum, *l. 7. pr. & §. 2. de oper. libert. l. 44. de liber. caus. l. 15. pr. de accept. Don. tr. de jurej. c. 1. nu. 2. & 2. comment.* 18. Ex hoc tamen jurejurando non contrahi verborum obligationem verius est, *l. 1. §. 7. l. 52. §. 2. de obl. & act. Inst. de V. O. arg. d. l. 7. Don. in proœm. tit. de V. O. nu. 8. & seqq. Diss. Cuj. in l. 1. de V. O.* b) quod fit si pactionibus de jure validis robur addit, ut in transactionibus, *l. 14. C. de transact.* & contractibus minorum, *auth. sacramenta, C. si advers. vend. l. 3. C. si min. se maj. dix.* qui eo casu in integr. restitui non possunt, secundùm veriorem Bar. & aliorum opinionem, quam Camera in judicando sequitur, *vide Sneid. in §. item si quis postulante, n. 5. Inst. de act. Geil. 2. obs. 41. per tot. Diss. Dyn. Cyn. Salic. Bald. Ant. de Butr. & alii ibi. allegati.* Sed tamen ipso jure invalidas conventiones juramento nunquam confirmari verissimum est, *l. 5. C. de LL. l. 7. §. 16. de pact. l. 112. §. 4. de leg.* 1. ne juramentum fiat vinculum iniquitatis, *c. 1. §. quia, h. t. in 6 l. 58. de R. I. in 6. Diss. Ias. in auth. sacramenta, quem sequitur Geil. d. obs. 41. n. 12. Cov. in d. c. 2. de pact. in 6. VVes. par. C. si advers. vend.* Atq; hinc certum est, donationem à marito uxori, aut contra, factam, *t. t. D. & C. de don. int. vir. & ux.* sicut & eam quæ 500. solidos excedit, *l. 34. C. de donat.* juramento accedente de jure civili non confirmari. Sed an confirmabitur jure Canonico? Nego, *arg. c. 12. de for. comp. in fin. Diss. Geil. 2. obs. 39. nu. 15.* ubi vult donationem quæ 500 solidos excedit juramento firmatam non esse, contra bonos mores Canonum. De donatione inter virum & uxorem idem affirmo *arg. c. ult. de don. int. vir. & ux. juncto d. c. 12. in fi. & c. 21. de jurej. c. inter cætera. 22. c. 22. q. 4. c. 14. dist. 30. Diss. Geil. d. lib. 2. obs. 40.* ubi vide pro utraque parte allegatos. Interim & hoc verissimum est: tutius esse conscientiis & melius ut tale juramentum servetur: cùm separata sit quæstio: an juramentum addat validitatem contractui: & an servandum sit, *vide sup. disp. 6. th. 7. in fin. Moller. 1 semestr. 43. n. 6.* c) quod est in juramento subjectionis à subditis, sive in pace sive in militia: & in juramento fidelitatis à vasallis ex usibus feudorum præstando. Quod si juramentum vi metúve extortum fuerit, jure civili nec valet, nec Prætoris auxilio indiget, *d. auth. sacramenta, Pac. 3. cent. ant. in. q. 79. Diss. Duar. c. ult. de jurejur.* Jure verò Canonum absolutionem requiri verius est, *c. 2. 8. 12. 13. 15. hic, vide plenè Geil. 2. obs. 42.* qui ex parte dissentit, dum nimirum sub distinctione id verum esse statuit.

III.

De causa controversa adhibetur juramentum, aut solius religionis injiciendæ causa, aut litis & controversiæ decidendæ gratia *a*. Prioris generis sunt juramentum calumniæ, testimonii, purgationis *b*. Juramentum calumniæ est, quod ab utraq; parte de causa bona fide prosequenda præstatur *c*.

a) Dom.

a) *Donell. tr. de jurej. c. 2. in pr. quem sequitur Bocer. disput. 2. ad part. 3. Pandect.* b) *Don. ibid.* ubi non malè addi quartum putat, quod judicio sistendi causa à reo in jus vocato olim interdum exigebatur, *arg. rubr. qui satisd. cog.* c) *Vult. 2. jurispr. Rom. 31. nu. 106.* Olim speciale in singulis judicii partibus exigebatur, *l. 1. C. de jur. propt. calum. dand.* hodie sufficit generale, quo juratur initio litis, nihil in toto negotio calumniæ causa factitatum iri, *auth. hoc sacramentum, C. eod. Novell. 49. c. 3. VVes. par. C. eod. n. 4. Spec. de juram. calum. §. nunc dicam. Diss. Donell. de jurej. c. 13. n. 5.* qui *d. Nov. 49.* malè esse in Latinum sermonem conversam dicit, & Cuj, qui *in d. Novell. 49.* hoc speciale facit. *adde Pac. disp. 24. th. 6. & disp. 26. th. 51.* Necesse quoq; est de jure civili, ut principio litis interponatur, *d. Novell. 49. d. l. 2. pr. & §. 9. auth. principales, C. eod. Nov. 124. c. 1. Diss. VVes. par. C. ibid. num. 9.* quo neq; remitti illud potest, *l. 1. d. l. 2. §. 4. C. eod.* quamvis jure Canonico quocunque tempore interponi & tacitè remitti possit, *c. 1. de jur. cal. in 6.* quod & in Camera observatur, Geil. 1. *obser. 84. & 85.* De jure Saxon. juramentum calumniæ generale est abolitum, *glo.* Lehenrecht *c. 68.* König. *c. 38. nu. 3. & c. 67 num. 2. Sneid. ad §. 1. Inst. de pœn. tem. litig. Mauser. in process. vers. nunc transeamus, vers.* aber nach Sächsischem Rechten, quod licet ratione careat, adeò, ut illam glossam originalem *ad c. 68.* Lehenrecht. diabolicam nominet Hen. Gœden. *in process. judic.* tamen usu quotidiano servatur, *Zobel. 1. diff. 24. Fachs. diff. 47. Reinh. 4. diff. 7.* speciale verò juramentum calumniæ etiam jure Saxon. adhuc durat, ubi nimirum ad evitandum onus probandi desint narrata libelli in scientiam & conscientiam adversarii, quo casu reus petit à deferente juramentum calumniæ speciale, ut nimirum juret petitor, se non calumniosè conscientiam rei onerasse. Landrecht *lib. 2. art. 22. §.* sucht sich aber. *additio ad gl.* Lehenrecht *c. 68.*

IV.

Exactum hoc jusjurandum in causa etiam criminali *a*, etiam spirituali *b* præstandum omninò est, sive à litigantibus ipsis *c*, sive eorum procuratoribus *d* exigatur: nisi justæ recusandi causæ fuerint *e*. Quod si quis id præstare nolit, pœnam incurrit, aut si actor fuerit, instituta actione cadat: sin reus, pro confesso habeatur *f*: in quo tamen sententia declaratoria opus est *g*.

a) *d. l. 1. & 2. c. 1. §. præterea, vers. si quis autem, de jur. cal. tit. 10. lib. 5. feud. Clar. 5. sent. §. fin. q. 18. nu. 3. Diss. Sich. in d. l. 1. nu. 6. & 7. & in rubr. nu. 5. Cujac. in d. Nov. 49. in fin. VVes. par. C. d. tit. nu. 7.* b) *c. 7. de jur. cal. Diss. Geil. 1. obs. 38. nu. 4.* ubi tamen rectè asserit, si pro re spirituali agatur judicio possessorio, tum necessarium esse hoc juramentum, *glo. in c. 2. de jur. cal. c. literas, §. præterea, de restit. spol. Guid. decis. 1.* quod non admittunt Ant. de Butr. *in c. fin. de jud. n. 20. Cov. pract. qu. 25. nu. 1. Cap. Tholos. decis. 471. nu. 3.* etiam in summaria causa potest exigi hoc juramentum, *Zang. tr. de exc. c. 2. nu. 7.* c) *d. l. 2. d. auth. principales, §. 1. Inst. de pœn. tem. litig.* Hoc jusjurandum patronis & parentibus, non tamen filio aut liberto, patronis vel parentibus deferentibus, remittitur, *l. 7. de obseq. pat. præst. l. 16. adde l. 34. §. 4.* (ubi nota emend.) *hic, l. 8. §. penult. qui satisd. cog. l. 13. §. 14. de damn. infect. Donell. d. c. 13. num. 2. & 3. Dissen. Acc. in §. in quibus, t. 33. lib. 2. feud. Bart. in l. 34. § 4. hic.* Vasallus id non à domino, nec dominus à vasallo exigere potest, *d. §. in quibus.* d) *d. l. 2. c. 2. §. 1. c. 3. de jur. cal. in 6.* In Camera tamen procuratori fisci in causis fiscalibus, *Myns. 1. obs. 74. Geil. 1. obs. 90. n. 4.* item procura-

curatori dato ex officio quoad merita, sive justitiam vel injustitiam causæ hoc juramentum remittitur, *Geil.1.obs.88.n.9.* Aliâs quoq; per procuratorem, speciale de hoc mandatum habentem, *Geil.1.observ.83.* tam de jure civili, *d.l.2.§.3.l.13.§.13.de dam.inf. Cost.in l 38.de proc.Cujac.2.feud.4.in fin.* (*Diff.VVes.d.loc.n.6.in fin.*) quàm de jure Canonico, *d.c.3.* jurari de calumnia potest: contumacia tamen procuratoris non nocet domino, *per not.sup.disp.9.th.12.in fin. quibus adde Pac.disp.24.th.14. Diff.ibid.alleg.per c. fin.de confess.in 6.l.10.C.de proc.Soc.in c.fin.de jur.cal.in 6.n.10.Geil.1.obs.89.* ubi conciliare nititur. e) *c.ult.de jurejur.* quæ autem justæ recusandi causæ esse possint, *vide th.9.lit.A.* f) *d.c.2.§.6.& 7.c.7.§ fi.de jur.cal.* g) *d.auth.principales, §.5.Geil.1.obs.80.* ubi eam ad heredes non transire tradit, *nu.6.& 7.arg.l.29 princ.de jur. fisc.* Eadem pœna est non jurantis de malitia, *Soc.d.loc.nu.54.Geil.1.obs.87.* quod juramentum huic affine ex officio judicis delatum ante vel post litem contestatam præstatur *c.2.§.ult.de jur.cal.in 6.c.31.c.55.de test.& attest.* idq; procurator tam in suam quàm domini animam præstare tenetur, *vide Ord.Cam.p.1.t.74. vide eleganter Pac. disp.26.th.51.& seqq.*

V.

Juramentum testimonii à testibus de veritate dicenda exigitur *a.* Purgationis autem juramentum pro quarundam causarum conditione præstat reus alioqui ab actore non convictus, qui purgandi sui causa jurat rem ita habere ut dicit *b.*

a) idq; antequam testimonium dicant, *l.9.C.de test.c.5.c.47.de test.& attest.* idq; partium consensu & voluntate remitti potest, *Panorm.nu.14.Felin.n.2.c.1.de jur. Alex.in l.1.de fer nu.17.& 18.Mynf.3.obs.80.Geil.1.obs.101.nu.2.& 3.* ubi vide causam diversitatis, cur aliud sit in juramento calumniæ. b) *Novel.72.c.3.Novel.124. c.2.auth.novo jure, C.de pœn.jud.mal.jud.l.6 §.4.vers.sicubi, C.de his qui ad Eccles.l.ult.pr. C.de fid.instr.l.ult.§.5.C.de jur.dom.imp c.5.c.fin.de purg.can.vide Donel.hic, c.2.pr.* Quod verum est in causis matrimonialibus, & criminalibus. Sed dubitatum fuit: an ex justa causa etiam in civilibus deferri possit hoc juramentũ ex officio judicis, etiam cùm à parte non petitum est? Affirmantium sententia prævaluit, *arg.l.fin.§.si cui, C. de his qui ad Eccles.confug.Ias.in d.l 38.hic, repet.2.num.231.idq; sequitur Novell.Elect.Aug. p.1.c.22.* wenn der Kläger einen grossen verdacht beweisen / vnnd grössere Vrsachen seind das juramentum purgatorium vom suppletorium zu sprechen. Defertur in Cam.& illi, qui ex legitimis indiciis aut fama publ. de crimine fractæ pacis suspectus est, *Geil.2 p.p.7.* quod idem est, si actor suspectum accusans in probatione plena deficiat, *Mynf.2.observ. 87.* quin imò post præstitum purgationis juramentum admittendus est accusator, si velit probare reum pejerasse, *l.31.hic, p. Novell.124.c.4.& d.auth.novo jure. Mynsing. 2.obser.82.Donell.hic, d.c.2.princ.Bocer.hic, th.25.Dissent.Lanfranc.ad d.l.31.nu.28. Beust. ibid.n.147.*

VI.

Porrò juramentum litis & controversiæ decidendæ causa adhiberi solitum, rursus duplex est: aut enim ob solam litis decisionem, aut ob delictum seu culpam debitoris interponitur *a*, quod posterius in litem dicitur *b.* Illius verò generis tres sunt species, voluntarium, judiciale, neces-

sarium. Voluntarium parti defertur à parte extra judicium *c*. Judiciale parti à parte autoritate judicis defertur judicio instituto *d*. Necessarium à judice uni litigantium defertur judicio jam cœpto *e*.

a) *Donell.d.c.2.quem sequitur Bocer.d.disp.2.th.28.* b) *rubr. addita l.1. de in lit.jur.* in cujus legis fine Anton. Fab.5.*conject.* 17. *circa fin.* legit (sed contumacia æstimatur ultra rei pretium) atque ita textum emendat omissâ particula *Ex:* qua emendatione opus nihil est, si illa verba (sed ex eo) item (non pluris fit hoc) referantur non ad contumaciam, sed ad vocem proximè præcedentem (jusjurandum.) In tantum enim damnatur contumax, quantum in litem juratum fuerit, *l.8.de in lit.jur.* ut sic res non pluris fiat per hoc (jusjurandum sc. vel per hoc quod juratum est) sed ex eo (jurejurando sc. vel ex eo quod juratum est) contumacia tantùm æstimatur ultra rei pretium. c) *l.17.pr.l.28.§.10.hic.* d) *l.25.26.§.fin.hic.l.12.§.1. C.eod.* e) *l.31.hic,l.3.C.eod.Duar.h.t.c.30.Don.tr.de jurejur.c.3.n.3. & c.26. Bocer. d.disp.2.th.31.& 50.* Verùm Balduin.*in Inst.Cuj.par.hic,& 4.feud.36.item Vult. 1.discept. schol.7.* illud quod nos necessarium dicimus, vocat judiciale, & contra: quæ sententia Donello *in d.c.16.n.5.& VVes.par.hic,n.7.* displicet, nec immeritò: cùm & contractus quidam dicuntur solo consensu constare, etsi in aliis etiam consensus est, sed cum eo aliud quid concurrit, *§.fi.Inst.de obl.l.1.§.2.de pact.*

VII.

Deferre autem juramentum possunt qui non prohibentur. Prohibentur autem quidam natura, ut infans *a*, pupillus *b*, furiosus *c* & similes. Quidam verò lege, ut prodigus *d*, servus peculii administrationem non habens *e*, filiusf. sine mandato *f*, vel bona castrensia aut quasi non habens *g*, & similes *h*.

a) *§.9.Inst.de inut.stip.* b) *l.17.§.1.l.23.h.t.* c) *l.5.de R.I.d.§.9.* d) *l.35.§.1.hic.* puta, nisi tutoris vel curatoris autoritas hunc defectum suppleat, *d.l.17.§.1.& 2.d.l.35 pr.l.1.§.1 quar.rer.act.non det.facit §.3.& 4. Inst.de curat.* Sed an sine autoritate curatoris minor jusjurandum deferre possit? dubitatur à multis. Affirmamus *per l.101.de V.O.juncta l.2.& l.31.in fin.hic,item l.27.28.§.1.eod.juncta l.7.§.3.de min.l.2.C.si adv.sol.item l.40.hic,juncta l.2.de accept.addita l.9.§.4.hic,jusjur.* loco solutionis, *l.27.hic.* solvere minor potest, *t.t. C.si advers.sol.* ergò & jurare. *Cujac.in d.l.101. Diff.Don.d.tract.c.4.n.3.Duar.h.t.c.10.Cost.in l.17.Gœdd.in l.21.nu.11.de V.S.* Quod si læsus fuerit, restitui se in integrum petet, *l.7.§.4.de minor.d.l.9.§.4.Diffen.Zas.ib.num.13.* e) *l.20.hic.* in re domini ut juret, speciali mandato opus est, *l.7.C.hic.* quod si juraverit dominum dare non oportere, exceptio domino dabitur, *l.23.& 25.hic.* Quod si jurante horum aliquo contentus adversarius fuit, cùm deferretur, custodiri debet jusjurandum, *l.26 pr.hic.* f) *vide sup. disput. 6. thes.5.* g) *arg. l.2.de SC. Maced.l.6.pr. vers.exceptus,l.7. C.de bon.quæ lib.* idem statuo in bonis adventitiis, in quibus patri ususfructus non quæritur, *arg.l.8.§.5.vers.filius, C.d.tit.Novell.117. c.1.§.1.* h) ut si quis in fraudem creditoris detulerit, *l.9.§.5.hic.* item qui post biennium non num.pec.exceptionem opponere nequit, *l.14.§.3.C.de non num.pecun.* Item procurator, nisi omnium bonorum, in rem suam, aut cum speciali mandato, *l.17.§.ult.l.18.34.§.11.hic,l.58.de proc.* procuratori tamen delatum exceptionem domino parit, *d.l.9.§.6.* & tutor rectè defert, *d.l.17.§.2.l.35.pr.eod.* Sed quid est *in d.l.18.* L I quando ju-

DO JURARE? An idem quod σαφῶς *Cuj.5.obs.33?* An idem quod verè *Duar.1. disp. 2. Don.d.tr.c.15.n.15?* An idem quod manifestè *Rob.3.sent.2?* Vult *d.c.7.* utrumq; retineri posse eleganter docet, ut liquidò, hoc est, verè jurasse ad debitum ipsum apertè & manifestè probandum: sed liquidò, hoc est, apertè vel manifestè jurasse ad modum probandi debitum referatur.

VIII.

Voluntarium juram. semel susceptum non refertur *a*, neq; perjurio postea detecto retractatur *b*: revocari tamen potest *c*, & ab actore præstitum unam modò actionem producit *d*: à reo præstitum non quidem actori actionem denegari, sed exceptionem reo competere facit *e*.

a) *d.l.17.* quia conventio qua prius placuit ut is juraret, servanda: & ita *d.l.17.* accipit Duar.*h.t.c.5.Don.d.tr.c.13.nu.8.* b) *l.31.in fin.hic,l.1.C.eod* nisi id nominatim conventione excipiatur, *d.l.1.* ubi vocabul. (lege) ponitur pro conventione, *Don.c.9.n.3.§.11.Inst.de act.nu.4. Diss.vulgò Dd.* qui pro constitutione accipiunt. & *Cuj.18.obs.35.in fin.* qui verba (nisi specialiter hoc lege excipiatur) Triboniani putat, addita *ex l ult.C.eod.* Ex causa quoq; interdum ob perjurium fit retractatio, ut in casu *d.l ult.Don.d.c.9.n.5.* Sed an in perjurantem per DEUM, certa pœna jure civili constituta est? *Neg arg.l.2 C.hic,l.21.& 22.de dol.l.19.ibi: satis est, de in jus voc.Cujac.2.obs.19. Tib.Decian.6 rer.criminal.13.Fach.1.controv.14. relati à Menoch. 2. arb.jud.cas.319.Duar. h.t.c.ult. & 2.disp.37.Don.d.c.9.n.8.Diss.Rob.2.sent.20.VVes.par.hic,nu.13. Pac.3.ant in q. 79.vide & Rev.2.var.3.vide infra p.2.disp.32. th.8. lit. D.in fin.* c) *l.5.hic,l.11.C. eod.* intellige si intra tempus delatum fuit, & tum delatio reo nihil prodest. Simpliciter enim delatum non revocatur, sed remittitur, quæ delatio reo prodest, & habetur perinde ac si juratum esset, *d.l.5.§.ult.ubi Cost.Don.d.c.6.n.1.adde l.6.9. §.1 hic, l.8.C. eod.vide Duar.h.t.c.14.* d) quæ in personam & nova est, & in factum dicitur, *d.§.11.ubi Donell.n.ult.Inst.de act.* vide eundem accuratè *c.8.hic,l.8.11.§.1. hic. Vult.d.c.7. Diss.Duar.h.t.c.21.Cost.ad l.9.Old class. 1.act.8.* Datur & in successores jurantis, *d.l.9.§. ult.l.10.11.§. 1. & ult.hic.* & perpetua est. *Don.d.c.8.n.7.* qua consequimur & res principales omnes, & accessiones, *dd.ll.& l.13 §.3.eod.Donell.d. c 8. nu.9.* e) *l.6.9.hic.* quę tantùm datur cùm ambigitur an juratum sit, nec ne, *d.l.9.Vult.d.c.7.Don.c.7.nu.1.* & successoribus tam in rem, *l.8.hic.* quàm in personam, *l.7.hic.* ut & fidejussoribus rei competit, *l.28.§.1. eod.* Idq; omne verum est, etsi alius juravit reum dare non oportere, *d.l.9.§.6.l.ult.§.2.l.26.§.1.l.23.25.eod.*

IX.

Judiciale jusjur. delatum, nisi justa recusandi causa sit *a*, suscipiendum est *b*, licet nihil probatum sit *c*: sed actori plenè probare volenti deferri nequit *d*: præstitum verò sententiam quoque jure civili sequi debere verius est *e*.

a) *c.ult.hic.* Justæ recusandi causæ sunt vel ex facto deferentis, ut in casibus *l.34.§.4.hic,& l.11.C.eod.* (non etiam ex justa causa est, si deferens sit turpis persona, & pejerare solitus, *Donell.d.c.13. Diss. Bart.in d. l.34.*) vel ex facto ejus cui defertur, nempe si is jusjurandum referat *d.l.34 §.7.l.38.eod.l.9. C.eod.* vel ex re & jurejurando ipso, nempe si id juranti noceat, lædendo pietatem, gravando existimationem, rei familiari damnum inferendo: ut pulchrè docet Donell.*d.c.13.nu.1.7.8.in fin.& num.9.&*

seqq. Huc referantur quæstiones: an, si periculum sit, ne perjurium detegatur, puta si quis testes produxit, deinde adversario juramentum offerat, recusari possit? Negat Cravett. *cons.* 207. *Fachin.* 1. *controv.* 22. (*Dissent. alleg. ibid.*) Item: is qui veritatem rei gestæ ignorat, offert adversario jusjurandum, adversarius illi refert: relatum hoc jusjurandum ob justam causam, ignorantiæ scilicet, recusari posse certum est: an igitur recusari etiam poterit delatum? Nego, *per l.* 34. §. 8. *l.* 38. *hic, c. ult. eod. l.* 11. §. 1. *rer. amotar. Cravett. cons.* 203. *& vulgò Dd. Menoch. de arbitr. jud. q.* 189. *Masc.* 2. *de probat. conclus.* 957. *num* 16. *Fachin.* 1. *controv.* 21. *Diss. Natta cons.* 35. b) *l.* 34. §. 6. *&* 7. *l.* 38. *d. l.* 9. *hic.* quod nisi facit, solvere cogitur, *dd. ll. & l.* 12. §. 1. *C. eod.* nisi remissum vel revocatum, *l.* 5. §. *ult. l.* 6. *hic, & l.* 11. *C. eod.* revocatio autem intra tempus quo jurari debuit, fieri nequit, *arg. d. l.* 11. *vide Donell. c.* 10. *nu.* 4. c) *Cujac.* 22. *obs.* 28. *Wes. d. loc. n.* 9. *Duar. h. t. c.* 6. *Dissent. Cost. ad l.* 38. *hic. Specul. de jur. delat.* §. 1. *vide Ias. in l.* 31. *hic, num.* 71. *& seqq. Fachin.* 1. *controv.* 19. ubi vide. imò etiamsi reo offeratur ab actore, qui conatus est suam intentionem aliter probare, adhuc necessariò subeundum puto, *Caccheran. decis.* 97. *Tessaur. decis.* 93. *& alii relati à Mascard.* 2. *de probat. conclus.* 957. *nu.* 9. (*Diss. Ripa in d. l.* 31. *num.* 65. *Dec. in c.* 2. *de probat.* & alii, quibus benè respondet Fachin. 1. *controv.* 20.) De jure Saxon. hac disputatione magnoperè opus non est: eo enim jure actor indistinctè se relevare potest ab onere probandi, si narrata in libello ante guarendam præstitam vel litem contestatam reo in conscientiam deferat, qui tum conscientiam juramento purgare aut causa cadere cogitur: Landrecht 1. *art.* 6. *glos. lib.* 3. *art.* 9. *in pr.* König. *in proc. c.* 7. *num.* 1. *in fin. & c.* 66. d) *c.* 2. *de probat. c. ult.* §. 1. *hic. Don. d. c.* 13. *num.* 16. *Cost. in d. l.* 38. *Dissent. Duar. d. c.* 6. e) *l.* 74. *de jud. l.* 1. *&* 3 *C. de exec. rei jud. l.* 9. *de obl. & act. l.* 34. § *ult. hic. Don. c.* 10. *num.* 5. *Diss. Wes. d. nu.* 9. *in fin. Old. class.* 1. *act.* 9. *num.* 8. Ob reperta tamen nova instrumenta retractari non debet, *d. l.* 31. *Cujac.* 18. *obs.* 35. *Wes. d. loc. num.* 11. nec appellare propterea potest, qui jusjurandum detulit, *d. l.* 12. §. 3 *Donell. d. c.* 10. *nu.* 7. An verò actio, de qua edictum Prætoris conceptum est, ex hoc jurejurando quoq; competat? dubitari non immeritò solet. Affirmant vulgò Dd *Cost. in d. l* 9. §. *ult. Wes. d. nu.* 9. *Old. class.* 1. *act.* 9. *nu.* 3. Negat Don. *d. c.* 10. *n.* 5. cujus sententia verior videtur.

X.

Necessarium jusjurandum, quod in dubiis causis, & inopia probationum *a*, etiam non petitum *b*, à judice, parte invita, ante vel post causam conclusam *c* parti imponitur, nec referri nec remitti *d*, retractari tamen novis instrumentis repertis poterit *e*. Atq; ad hæc juramenta præstanda evocatus, ipse comparere debet *f*, quo neglecto in pœnam incidit *g*.

a) *d. l.* 31. *l.* 3. *C. hic.* quod tamen judex non cogitur interponere. *Don. c.* 11. *nu.* 2. Sed quæ hic dicendæ causæ dubiæ? *Cujac.* 4. *feud.* 36. *& in Novell.* 73. *Bocer. hic, thes.* 51. *arg. l.* 3. *ibi. causa cognita, C. hic.* totum arbitrio judicis putant committendum. Nos cum Dd. dubias causas definimus, in quibus aliquid, sed non plenè probatum est, *d. l.* 31. *c. ult. hic. Wes. hic, nu.* 10. *Cost. in d. l.* 31. *Mynf.* 4. *obser.* 78. *Diss. Duar. d. c.* 30. *&* 2. *disp.* 33. *Don. c.* 11. *n.* 4. Locum habet & in causis appellationum, *Ias. in d. l.* 31. *nu.* 118. *Geil.* 1. *obser.* 108. *n.* 9. in matrimonialibus tum, si pro matrimonio suscipiatur, *Geil.* 2. *obs.* 94. *in pr. & nu.* 11. quo casu & voluntarium & judiciale in iis locum habent, *Geil. d. obs.* 94. *n.* 13. *Cost. in l.* 3. *hic.* non verò in criminalibus, *Geil. d. obs.* 108. *num.* 10. *Wesenb. num.* 10. *Mynf. d. obs.*

d.obs.68.n.4. intellige cùm ad publicam vindictam agitur, *arg.l.3.hic,c.ult.eod.l.16.C. de pœn.l.1.vers. ad tormenta, de quæst. Fachin.1.controv.15.* (*Diss. variè Dd. relati ibid.*) neque deferri potest eo casu, cùm ab utraque parte æquè multum est probatum, *argu. cap.3.de probat.l.38.de re jud.l.2.C.de condict.ob turp.caus.l.125. de R.I. Cost.in dict.l.31. Dissent.Duar.& Don.dict.locis.* b) *Geil.d.observ.108.num.3.cum seqq. Panorm.in cap. fin.de jurejur.Alex.consil.53.vol.1. Fr. Curt.in dict.l.38.num.75.sequitur Novell. El.Aug.p. 1.c.23.Diss.post Bart.Ias.in d.l.31.nu.116.& seq.Wes.d.loc.nu.11.& alii per l.4.§.hoc autem, de damn.infect.ad quam post Alex ibid.nu.18.bene respondet Fachin.1.controv.16.* c) *Ias.d.loc.nu.118.Salic.in l.3.C.de reb.cred.per l.12.C.eod.Diss.Bart. Bald.& alii in d.l.3.Marant.tit.de jurejur.n.10. Mynſ.1.obser.68.n.6. quibus bene respondet Fach.1.controv.17.adde Geil.1.obs.108.Masc.2.de probat.concl.956.n.46.& seq.* Defertur autem modò actori, puta, si is semiplenè probavit, *arg.d.l.3.* (*Diss.Duar.2.disp.anniv.33.*) modò reo, ut si pares sint probationes, & reus aliquid præstiterit, quo causa dubia reddatur, *argu.l.31. hic,c.ult.§.1.eod.Fachin.1.controv.18.* d) *d.l.3.d.l.31. Don. d.c.11.num.10.* e) *d.l.31.in fin.* non tamen testibus. *Don.d.c.11.n.13.* Sed an retractabitur causa, non præcedente in integrum restitutione? Negativam communiorem & veriorem putamus, *arg.d.l.31.juncta l.2. C.si ex fals.instr.l.11.ibiq; Castr.de except.l.33.55.de re jud.l.27.de pœn.Ias.in d.l.31.n.6.& ibid.Cost.Diss.Cuj.d.obs.35.Don.d.c.11.n.15.* An autem à sententia judicis jurejurando causam decidentis appellari poterit? Nego cum Joan.glossogr. Azon.& Salic.*in d.l.12.C.hic,arg.l.2.eod junct.l.16. C.de transact arg.l.5.§.2.hic,l.1.C.eod. arg.l.31.in fin.hic.l.ult.C.eod Fach.1.contr.23.Diss. Cyn. in d.l.12.§.sin autem. Cacheran.decis.60.* f) *l.12.p & §.4.C.hic,arg.l.15.hic.* nisi necessitate prohibeatur, *l.2.§.1.& 3.si quis caut.l.8.de test.* vel veniendi necessitas jure remittatur, *l.3.§.ult.eod.l.21.C.de proc.d.l.15.7.& auth.quod judex.C.de ep. & cler.l.6. C.de profess. & med.* g) ita ut actori aut actio denegetur, aut reus absolvatur, *d.l.9.34.§.ult.hic.* Reus autem remediis competentibus, *l.9.C.de ob.& act.l.1.2.ult.C.de execut.rei judic.* solvere cogatur, *d.l. 34.§.6.l.9.C.hic.* Sed id judex datus non facit, etsi lite contestata judicium apud eum postulabitur, *arg.l.15.§.1.de re jud. Don.c.15.n.4.Diss.Duar.c.3,hic.* Denique recusans & in expensis damnandus est, *d.l.12.§.4.* De jure Saxon. juramentum suppletorium vel purgatorium ita præstatur, ut is cui jurare incumbit, intra octiduum ab eo tempore, quo interlocutio judicis venit in rem judicatam, partem adversam (quæ & de calumnia jurare tenetur) citare faciat, & deinceps juramentum illud ad litis decisionem (den Hauptend) intra sex septimanas & tres dies præstet: aut etiam, si probationes idoneas repererit, omisso juramento articulos probatorios intra id tempus exhibeat: quo neglecto ulterius non admittendus est etiam jurare paratus. Si verò deferens juramentum nolit de calumnia jurare, vel ad hoc citatus contumaciter absit, juramentum illud principale pro præstito habetur, *confer* Landr.*lib.2.art. 11.ibiq; gl.& lib.3.art.11.* König *in process.c.66. Novell.Elect. Aug.p.1.c.12.* Quid si collegio vel communitati jurandum sit, an syndicus jurabit? Non, sed tres aut quatuor de senioribus illius collegii, quibus verisimiliter de causa, super qua jusjurandum exigitur, præ cæteris constat, *arg.l.municipibus,de cond.& demonstr.l.municipes,ad municip.apostilla ad* Landr. *lib.1.art.6.Nov.Elect.Aug.p.1.c.13.Diss.* König. *in process.c.19.n.5.* Sicut autem hoc jure actori ante litem contestatam & guarendam præstitam, liberum est ita libellum mutare, si forte probationibus non fidat, ut fundamentum intentionis suæ conscientiæ rei committat, daß er die Klage dem beklagten in das gewissen schiebe. Landrecht *lib.1.art.6. & 7.lib.2.art.22.Zobel.1.diff.21. Fachs.diff.52. Reinh.p.1.diff.4.* idque

juramentum petitum præstare quilibet tenetur. *Zobel.1.diff.23.* ita vicissim reo liberum est, vel juramentum sibi delatum, si id præstare nolit, actori referre, *Zobel.1.diff.25.* etsi id jure Saxon. non sit expressum. *Zobel.1. diff.26.* vel, si malit evitare relationem juramenti, probationibus uti: quod & juris communis est, *arg.* à contrario sensu ducto *ex l.11.vers.si quis autem.C.de reb.cred.Zobel.1.diff.34.nu.3.* imò etsi reus in probationibus deficiat, adhuc liberum ei est ad delatum juramentum regredi. utrovis autem horum per reum electo, actor ad probationem admitti amplius non debet, Landr. *lib.3.art.9.ibiq; gl.in pr ferè, d.l.38.ibiq; Dd.hic,* König. *in processf.c.66.n.1.& seq.* quod tamen repertis ab actore probationibus, quibus ante delationem destituebatur, limitat, atque hoc casu juxta jus commune locum esse revocationi disputat Moller. *3.semestr.3.Nov.El.Aug. p.1.c.14.* Ubi primum autem reus delatum juramentum præstiterit, debet de causa decisivè jus reddi: & licet actor ad probandum rei perjurium se offerat, id non audiri debet: cùm juramentum pro veritate accipiatur, *l.sed etsi. hic.* Landr. *lib.1.art.18.& lib.2.art.34.in gloss.Nov.Aug.const.p.1.c.15.Zobel.1.diff.37.* Illud universaliter verum, quòd facultas jurandi transitoria sit ad heredem, ita ut juret hoc, quod defunctus debebat jurare, vel saltem de credulitate, *Ias.& Dd.in l.fin.§.hoc judicium,hic.Ias.in d.l.31.n.312. Mynf.1 obs.13.* quod idem & jure Saxonico obtinere verius est, Landr. *lib.1.art.11. & lib.2.art.22.in gl.pen.Nov. Elect.Aug.p.1.c.24.Zobel.1.diff.28. & 29.Dissent.Reinhard.diff.109.*

XI.

Jusjurandum in litem, quòd etiam litis decidendæ, sed maximè debitoris coërcendi causa interponitur *a*, duas habet species: unam, quanti in litem juratum: alteram quanti res est, seu quanti interest *b*. Deferre id judicem oportet *c*, idq; nulli nisi qui litem suo nomine contestatus est *d*: unde nec mater pupilli jurare parata *e*, nec procurator admittitur *f*.

a) *t.t.D.& C.de in lit.jur.* Jurare in litem, est jurare quanti litem, hoc est, rem de qua litigatur æstimes, *l.1.2.3.4.5.hic.Don.in prælud.h.t.n.2.* b) *l.1.2.8 9.hic,l.50.de furt.Diff.Coras.6.mis.2.* Illo permittitur actori rem æstimare pro arbitrio, *d.l.1.8.hic,l.68.de R.V.l.54.mand.* hoc æstimatur res quanti revera est, *d.l.2.§.1.* Unde rectè Dd. illud affectionis, hoc veritatis appellant, *arg.l.33.pr.ad l.Aquil.l.2.§.1 l.8.hic.Men.2.arb.jud.cas.208.nu.1.Ias.in l.5.n.12.hic. Don.d.lo.nu.6.& ad d.l.1.n.5.& ad l.ult.n.7.hic, Goedd.ad l.192.de V.S.Diff.Coras.d.loc. Duar.in d.l.5.Boc.disp.hic,th.5.* Affectionis juramento tria juncta locum faciunt: jus actoris in re petita, *l.7.* rei petitæ conditio, *l.3.* contumacia vel dolus adversarii, *l.2.§.1.l.5.§.3.l.8.hic,vide Ias.in d.l.5.nu.34.Don.d.n.6.* c) *d l.4.§.1.* quod deferre judex cogitur, nisi de contumacia non satis liqueat, *argum.d.l.4.§.1.37.de V.S.l.68.de R.V.l.63.de jud.l.25.§.1.sol.matr.§.23.Inst.de act.§.1.Inst.de off.jud.Bolog.in l.5.n.37.hic. Phanuc.in tr. de in lit.jur.p.3. memb.2.n.1.& seqq.Don.ad d.l.4.§.1.n.5.Duar.n.28.* d) *d.l.7.* modò consentire possit: *vide d.l.4.* e) nisi tutrix fuerit, *argu.d.l.4.* vel tutorem suspectum postulaverit, *arg.§.3.Instit.de susp.tut.* f) *Don.ad d.l.4.n.2.Cost.ibi. Duar.h.t.c.5.Diff.Bolog.in d.l.5.nu.68.* Tutores tamen vel curatores in causa pupillari admittentur, *d.l.4 & 8 facit l.17.§.2.l.35.hic.* Sed quid de muliere dicemus, cui aliàs, maximè jure Saxonico, non est facultas standi in judicio, an & illa per curatorem ad litem juramentum delatum vel relatum præstabit? an ipsa jurare tenebitur? posterius magis placet, *argu.* Landrecht *lib.1.art. 46. vers.* wo es aber den Frawen/rc. idq; generaliter verum esse notat ibid. Zobel. *lit. D. &* Landrecht *lib.1.*

lib.1.art.6.lit.M.& lib.2.art.22.ubi Zobel.lit.F. Rotschitz in process.art.11.t. von der Klage auffs Gewissen. Wes.addit.ad Sneid.in §.item si quis postulante,n.107.lit. A.Instit.de act. quam opinionem hodie in aula Elect. Saxon. observari notat Andr. Rauchbar. in resolut. quæst.Teuber q.8.n.17. (Dissent.alleg.ibid.) interim,non obstante hac sententia, jusjurandum à curatore mulieris etiam absque ejus speciali mandato deferri posse verius est,Rauchbar.d.resolut.quæst.Teub.q.8.n.4.

XII.

Competit jusjurandum affectionis in iis causis, in quibus ad rei restitutionem vel exhibitionem agitur *a*, sive in rem *b*, sive in personam *c*, sive bonæ fidei *d*, sive arbitraria sit actio *e*: idq; ob dolum tantùm *f*, & in rebus certam æstimationem non habentibus *g*.

a) d.l.2.d.l.68.l.ult.§.1.de appell.l.3.§.2.l.5.§.2.ad exhib. ideò in actione ex emto non recipitur,arg.l.4.C.de act.emt.cum §.31.Inst.de act.l.9.rer.amot.l.25.§.1.sol.matr.l.8.§.12.quib.mod.pign.l.1.de libert.leg.Don.in l.5.hic, n.4.A.Fab.6.conject.17.Diss.Ias.in d.l.3.nu.21.Menoch.2.arb.jud.cent.3.cas.207.n.28. b) d.l.5.l.16.§.3.de pign.l.7.si serv.vind.l.41.§.1.de re jud.l.25.§.10.de pet.her.arg.l.7.§.8.de Pub. c) l.18.de dol.§.31.Instit.de act.l.9.26.rer.amot.l.25.de obl.& act.l.5.§.1.l.1.§.26.si quid in fraud.patr. d) l.1.§.26.depos.l.48.locat. e) d.l.18.d.l.68.d.l.16.§.3. d.l.7.§.8.d.l.41.d.l.3.§.2.l.9.in fi.C.unde vi.d.§.31.Inst.de act.In strictis judiciis non item,arg.d.l.5.in pr.& §.fi.ubi Don.n.14.Duar.ib.n.1.& 2. Item in directis tantùm,non etiam contrariis supra dicta intelligi volumus,l.5. depos.arg.d.l.9.rer. amot. Cuj.9. obs.2. Cest.in d.l.5. Diss.Acc.in l.22.§.3.& ibi Bar.de pign.act.distinctæ igitur sunt arbitrariæ à stricti juris actionibus,arg.l.1.§.1.de usur.& arg.d.§.31.juncto §.1. Inst de obl.ex cons.l.7.de neg.gest.l.99.pr.l.126.§.2.in fin.de V.O. Don.in §.28.Inst.de act.n.5.& 6.& in d.§.31.Duar.in d.l.5.§.fi.n.36.Diss.Ias in d.l.5 num.31. Wes.in d.§.31.n 4. f) d.l.5.§.3. sive ille præsens, ut in l.1.2.§.1.l.8 hic.sive præteritus sit,ut in l.68.de R.V.d.l.16.§.3.d.l.25.§.1. Nec excludimus latam culpam, argu.l.1.§.ult.l.14.§.3.de furt.l.1.C.depos. l.1.§.1.si mens.fals.mod.l.29. mand.l.229. de V.S. Don.in d.l.5.n.10.Duar.ib.n.33.Diss.Ias.in d.l.5.n.25.Wes.par.hic.n.4. Ex dolo defuncti contra heredem non juratur,nisi lite cum defuncto contestata, l.4.5.C.hic, ibi Cuj.par.Duar.in d.l.5.n.32. Mynsi.cons. 21.nu.89. Juramentum à defuncto dum viveret oblatum, sed non præstitum,heredibus offerri opus non est, vide Geil.2.obs.43. g) l.1.hic.& ibi Don. In actione ex edicto; ne quis eum, qui in jus voc. est, &c. æstimatio liquidatur per tale jusjurandum, quod speciale esse propter contemtam judicis autoritatem, notat post gloss.Toming.decis.15.nu.8.& 9. De jure verò Saxon.notetur hîc regula generalis; quòd nimirum damna, quæ in odium violentiæ secundùm jus commune liquidantur juramento affectionis ab illo, qui damnum passus est, illa in foro Saxon. æstimantur pro certa summa pecuniæ, quam offensus præstari sibi & adjudicari petit pro violentia, quatenus eam violentus offensor jurejurando deminuere ausus non fuerit, Landrecht lib.3.art.47.Zobel.1.diff.30.Fachs.disp.70.Chil. König. in process.c.137.Toming.d.loc.Beust.de jurejur.n.167. Sneid.ad tit.Inst de oblig.circa fin.H.Pistor.1.qu.16. ubi nu.12. contra reliquos omnes docet,huic dispositioni non nisi in solo casu violentię locum esse,in vi scilicet ablativa vel expulsiva,H.Pist.d.q.16.n.17.cùm res ablata restitui nequit, H.Pist.d.q.16.nu.2.& licet ita magis propriè non ad damnum, sed ad rem amplius non extantem pertineat,usum tamen fori ad damna quoq; præter rei

ter rei æstimationem trahitur, *H. Pist. d. q. 16. nu. 9. ubi amplius vide per totum. Coler. de proc. execut. p. 1. c. 9. n. 46. & multis seqq.*

XIII.

Jusjurandum veritatis in omnibus judiciis rectè interponitur *a*, modò dolus vel culpa debitoris *b*, & rei interitus vel deterioratio interveniat *c*: & retractari ob perjurium potest *d*.

a) *d. l. 5. §. fin. ubi Don. n.* 21. quod non ex æquitate, neque ad dolum puniendum, sed ex necessitate permittitur, quia aliter de rei æstimatione constare nequit, ut benè explicat A. Fab. *6. conj.* 17. b) *l. 2. 4. §. ult. l. 5. §. ult. hic.* c) *d. l. 5. §. ult. ubi Don. n.* 20. d) *l. ult. eod.* dummodò perjurium illud instrumentis postea repertis probetur. *Don. in d. l. ult. n.* 8. *Diff. Pac. 3. cent. ant in. q.* 89. intellige autem hoc totum, si reus de privato damno laboret. Jusjurandum verò affectionis retractari nequit, *Don. d. loc. n. 7. &* 8. licet ex magna causa, aut repertis ante condemnationem probationibus vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quàm juratum est, judex reum possit, *d. l.* 4. §. 4. quod tamen ita modò admittimus, si taxatio ab initio præfinita non fuit: nam si secundùm eam ab initio adjectam actor juraverit, non licet judici in minus quàm juratum fuit condemnare, *l. 9. C. unde vi, l. 37. de V. S. Nov.* 82. *c.* 10. *Diff. Don. ad d. l. 4. §. 3. nu. 2. aliter Pac. 3. enant.* 89. ubi ait, post jusjurandum veritatis super expensis præstitum à parte, expensas taxari non posse à judice, quia hoc casu jurantem de perjurio argueret: posse autem post jusjurandum affectionis, quia tunc jurantem de inordinata affectione arguit, *vide Nov.* 82. *c.* 10. Postremò nemo jusjurandum in litem necessariò suscipere cogitur: sed liberum cuilibet est illud recusare, & si de æstimatione probare velit, nihilominus audiendus est. *Ias. in l. ult. hic, n. 1. Don. ib. n.* 10. *&* 11. Appellationem quoq; post hoc jusjurandum ab actore præstitum, reus interponere potest, *l. ult. §. 1. de app.*

DISPUTATIO XXII.

De condictionibus ex promutuo.

Respondente M. Davide Schmalkalder Marpurgensi.

THESIS I.

Condictio indebiti *a* ex promutuo *b*, ad imitationem condictionis ex mutuo *c* introducta, aliquot *d* sub se speciales condictiones continet; quarum prima *condictio ob causam dati* est actio in personam, qua ob causam *e* datum *f*, causâ eâ non secutâ, repetimus *g*.

a) quæ tam ex proprio quàm improprio contractu competit, *l. 2. pr. de cond. indeb. l. 8. C. eod. l. 6. l. penult. de cond. caus. dat. l. 13. §. fin. commod. l 13. §. 1. de don. mort. caus. l. 14. pr. de solut. Don. rub. de reb. cred. nu.* 23. & toties, quoties res vel obligatio aliqua sine causa, atque adeò indebitè, sive ratione dantis, sive accipientis alteri est adquisita, datur, *l. 19. §. 1. de cond. ind. l. 10. C. de cond. ob caus. Cuj. par. C. de cond. ex L. per l. 66. de cond. ind.* Hinc vetus interpres Steph. eam generalem vocat, quem sequitur Cuj. *par. C. de cond. ob caus. propter l. 65. pr. de cond. ind. & rubr. si cert. pet.* quia ex omnibus contractibus generalem promittit actionem: *vide disput. 20. th. 10. lit. B. & confer Don. ad rubr. si cert.*

cert.pet.n.19. b) *ita Cujac.in par.C.de cond.ind.& 8.obs.34.* eodem sensu tacitam *Cuj.d.loc.* præsumtum, *Petr.Greg.h.t.num.1.* vel quasi mutuum dicitur, *Wes.par.de cond.caus.dat.nu.1.* c) cùm propter singularia quæ indebito & mutuo pariter insunt, *arg.l.15.si cert.pet.Cujac.d.obs.34.* tum propter effectum, scilicet obligationem & condictionem quæ ex utroque nascitur, *l.5.§.3.de obl.& act.* & eò magis, si res fungibiles indebitè dentur, *d.obs.34.& par.C.de cond.ex L.d.tr.2.ad Afric.idem ad l.8.de transact.Vult.1.Jurispr.Rom.c.8.num.4.* d) pro qualitate causæ, quæ si deficiat, condictio ob causam dati, *Wes.nu.1.hic.* si turpis sit, condictio ob turpem causam, Wes. ibid. si erronea, condictio indebiti: si nulla, condictio sine causa appellatur: de quibus speciebus Alc. *ad rubr.si cert.pet.nu.14 per l.52.& 56.de cond.ind.Vult.d.c.8.* e) quam hìc pro fine & conditione rectè accipit Cuj. *in par.de cond.ob turp.caus.& Vult. d.nu.8.* si detur, ut aliquid fiat: quod tamen Bald. *in l.14.& Jas.in l.1.nu.4.hic.* etiam ad causam præsentem extendunt. Illud non interest, an pendeat ex voluntate dantis nec ne, *l.4.& seq.hic, l.65.§.3.ibi (nolui) vel (non potui) de cond.indeb.Duaren.hic.c.3.* modò scelus dantis non interveniat, *l.2.ubi Acc.Bald.& alii, hic.* & sufficit eam ab utraq; parte intelligi, *l.1.§.fin.l.2.13.hic, ubi Cost.l.6.& seq.C.eod.l.25.C.de transact.* Quid si impossibilis sit conditio? Si de jure talis est, cessat condictio (quia hæc causa turpis est, in qua potior habetur possidentis ratio: nec potest dici excusare hìc ignorantiam, quia hoc casu juris ignorantia non attenditur) si de facto, tum demum cessabit, si dans sciverit, & per modum causæ aut modi dedit, *ut in l.8.C.hic.* non etiam si ut conditionem adjecerit, *ut in l.5.C.eod.ubi vide Dd.& Bart.post gl.Vult.d.c.8.n.10.* f) ex contractu innominato, *l.7.de præscr.verb.ubi Donell.c.7.per l.5.§.2.ibid.* ad quem locum adde quæ notavit Gothofr. post Cujac. *ad l.7.de pact.& Govean.2.var.lect.27.* Et quod de datis dicitur, idem utilitatis gratia & ex benigna legis interpretatione receptum est in cautione, quo casu liberatio condicitur, *l.4.C.hic.* item in acceptilatione, quo casu pecunia, si debitum purum sit, *l.10.hic.* vel obligatio, si debeatur in diem, condicitur, *gl.& Bart.in l.4.& 10.hic.* g) differt ergò à præscriptis verbis actione, quæ non ad repetendum, sed implendum, non ad rem, sed interesse datur. *Jas.ad rub.hic, per l.5.& t.t. de præscr.verb. Don.d.cap.7.in prin. Wes.hic, nu.3.per l.9.& seq.eod.vide inf.disp.30.*

II.

Repetimus autem, cùm vel ob culpam debitoris *a* res secuta non est: vel cùm re integra *b* creditor ob pœnitentiam nolit rem sequi *c*: quo utroq; casu debitoris est periculum *d*, nisi aliud actum inveniatur *e*.

a) *l.8.juncta l.penult.& fin.hic, l.5.de cond.caus.dat.* unde colligitur datum ob causam tum repeti, quando accipiens eam non implevit, cùm posset: unde si ob casum fortuitum causam implere impediatur, condictio cessabit, *d.l.pen.* quam Vult. *d.c.8.nu.9.* interpretandam esse docet *ex l.5.hic.* ubi vide quæ post Jas. & Zas. annotat Goth. b) sive ab initio, sive ex post facto redintegrata, *d.l.5.§.2.hic.* Quod si contractus stipulatione, juramento, vel transactione fuerit confirmatus, non ex hoc, sed ex cessationis capite agitur. *Jas.& Cost.hic.* c) modò denunciaverit debitori, *d.l.5.§.1.hic.* unde confirmant ex innominato contractu dari hanc condictionem, quia in illis pœnitentiæ locus est, neque oblatio vim habet implementi, *l.3.§.2.& 3.l.5.pr.& §.1.& 2.hic.l.1.§.fin.de rer.permut.* Nos de contractu innominato tum accipimus, quando de repetitione nihil nominatum fuerit actum, *vide Bocer.*

p.3.disp.4.th.11. aliâs enim & ex vero contractu condictio hæc dabitur: neq; obstant *l.12.C.de R.V.l.6.14. de resc. vend.l.5. C.de obl. & act.l.17.§.3. commod &c.* quibus negatur in veris contractibus pœnitentiæ locum esse. Nam id verum est, nisi creditor convenerit, ut pœnitere possit. *Dissen.Bart.Bald.Ias.in d.l.5.& ult.hic.Cost in d.l.17.§.3.* d) creditor enim semper condicit, sive mora commissa sit, sive non, ibi ex primo, hîc ex secundo capite, *d.l.5.§ fi.l.ult.hic.facit & l.5.§.1.de præscr.verb.* cujus cum *d. l.ult.* conciliationem vide apud Cujac.23.*obs.29.Diss.Pac.3.ant.q.97.* ubi post gl.Bart. & Dd.ait: *in d.l.ult.* dedi ut dares, hoc est dominium transferres, *l.65.§.fin.de V.O.* quod cùm venditor facere non teneatur, *l.25.§.1. de contr.emt.* necessariò ibi incidit negocium in contractum innominatum, do ut des: Sed in *d.l.5.§.1.* do ut accipiam, h.e. do ut tradas, ideoq; emtio contrahitur. Verùm id jam olim refutavit Coras.2.*misc.9.vide & A.Fab.6.comm.*10.ubi in quæst.de periculo in hac actione præstando perperam distinguit, an utrinque species certa præstanda sit, an verò ab uno species, ab altero quantitas, *vide Donell.tract.de præscr.verb.c.7.Duar.hic,c.4* Sed utrum hoc casu etiam ad interesse agi poterit? Negat gl.*in d.l.5.§.sed etsi. in fin.* quod sequitur Castr. *ib.Cuj. d obs.29.Donel.ad tit.de præscr. verb.c.3.Duar.hic,c.2.* e) quod fieri potest, si vel simpliciter vel juratò conveniat de re data non repetenda, *l.13.§. 1. de don. mort.caus. gloss.in l.5.hic.* Cessat etiam pœnitentia, si ideò datum sit, ut discedatur à lite, *l.65.§.2. de cond.ind.l. 39.C. de transact.* ex capite tamen causæ non secutæ agi potest, *l.23. de cond.ind.Cost.ad l.2.de transact.per l.4.hic.*

III.

Sequitur *condictio ob turpem* a *causam*, qua repetimus datum vel ex causa præterita, jure tamen improbata *b*, vel ob causam futuram, & bonis moribus contrariam *c*: in qua non dantis *d*, nec utriusq; *e*, sed solius accipientis *f* turpitudo attenditur.

a) conventionum aliæ natura turpes, aliæ civiliter, *l.42.de V.S.* & hæ rursus tales vel jure, vel opinione hominum, ut docet Gœdd.*ad d.l.num.9 & seq. Diss.Acc.& Brech.ibid.* Et in turpi conventione aut promissum duntaxat, aut jam datum est: illo casu, si turpitudo sit notoria, prætor actionem denegat, *l.5.C.hic, l.26.27.de V.O.* & conventio nulla est, *l.123.de V.O.* sin minus, actio conceditur, sed cum doli mali exceptione, *l.pen.hic, l.1.C.eod.* ita pulchrè Hot.*in comm.hic.vide & Cujac.in d.l.26.* à quo diss. Don.ibid.hoc casu dic, ut paulò post ad lit.E. b) *l.7.hic.* & sic pro principio agente causa sumitur, *d.l.65.in pr.de cond.ind.Cujac.par.D. hic, & tr.8.ad Afric.ad l.pen.de cond.sine caus.Vult.2.Iurispr.c.8.n.11.& 13.* c) & sic causa pro fine sumitur. *Cujac.d.loc.* d) puta si quid meretrici detur: quæ quidem turpiter facit, quòd est meretrix: at non turpiter accipit, cùm sit meretrix, *l. 4.§.3. hic.* illa igitur datum retinet: non tamen ideò sibi promissum petere potest, ut voluerunt Cyn: Bald.Salic.Sich. *in l.5.C.hic.Vasq.1.illustr.controv.48.n.4. Cov.in c.peccatum,de R.I.in 6. part.2.§.2.post Panor.in c.quia pleriq;,n.14.de jur.immu.* quod rectè negavit gl.& eam secuti multi, inter quos & Zas. *ad d.l.4. §.3.arg.l.4.in fin.l.8.princ.juncto fin.hic.adde Duar. hic,c.4.* e) ut si detur judici, ut malè judicet, *l.3.hic,l.4.eo.l.7.& seq quod met. caus.* per rationem quod est *in l.2.& fi.C.eod.l.3. & pen.eod.l.fi. de cond.sine caus.Wes.par. hic,n.4.* f) quia in superioribus casibus punitur is, qui flagitiosè dat: & licet utriusq; turpitudo sit, tamen quia in pari delicto melior est causa possessoris, ideò ei qui

ei qui dedit condictio denegatur, *l. pen. hic, l. 2. C. eo. l. 9. de dol. excep.* Exemplum ubi solius accipientis turpitudo versatur, est in judice, cui datur ut verè judicet, quod repeti posse verius est *l. 2. §. 2 ubi Alex. Fulg. Ias. Cost. hic. Duar. c. 3. hic. Diss. Bart. Salic. Castr ib.* putantes id omninò corrigi *per l. 1. C. de pœn jud. mal jud. vide Boër. decis. 153. nu. 23. & seqq* ubi benè distinguit, quem sequitur Mynſ. 2. *obs. 75. nu. 7.* Idem verum est in teste, cui datum ut verè deponat, repeti potest hac condictione. *Zas. ad d. l. 2. §. 2. Menoch. 2. arb. jud. cent. 4. cas. 310. n. 1. & 4. Mynſ. 6. obs. 67. n. 1.* Quid si res individua partim ob honestam, partim ob turpem causam data sit, an condicetur? Et partim rei datæ quoad æstimationem condici puto, cum Bart. *in l. 3. hic, post Dyn. Dissen. gl. & alii ibi. vide latè Alex. in d. l. 123. de V. O.* An amissa per lusum tanquam ex turpi causa data, condicentur? Si ludus saltem consuetudine licitus sine fraude processerit, amissa non repetentur, idq; multò magis si ingenii vel exercitationis causa susceptus fuerit, *l. 7. §. 4. ad l. Aquil. Sich. ad rubr. C. hic, nu. 7. Clar. lib. 5. §. ludus, n. 6. & seq. Caccialup. de ludo, n. 79. latè Covar. ad d. c. part. 2. §. 4. vide l. ult. C. de aleator.*

IV.

Condictio indebiti, ita in specie dicta *a*, & tum ex vero *b*, tum quasi contractu *c* descendens, datur ei *d* qui per errorem facti *e* solvit, quod vel omninò non debebat *f*, vel etsi debebat *g*, exceptione tamen perpetua defendebatur, ut peti ab ipso non posset *h*.

a) nam, *ut ait Hotom. in comm.* hic indebitum opponitur debito, totidemq; modis dicitur quot obligatio. At verò obligatio alia naturalis, alia civilis, alia Prætoria: ergò tot modis & indebitum dicetur: naturale, *ut l. 47. hic, l pen. C. de inut. stip. l. 1 C. hic, l. 65. §. 2. ad Trebell. l 29 §. 5 mand.* civile, ut nudo pacto promissum, *l. 5. §. 1. l 95. §. 4. de solut. l. 13. 40. hic, l. 19. §. ult. de donat.* prætorium, *ut l. 43 26. §. 3. hic, l. 3 §. 1. de pec. const l. 66 de reg. jur.* Dissent. variè Dd. in speciebus indebiti enumerandis: *Acc. in l. 1. hic.* tres etiam, sed aliter atque nos fecimus: quem sequitur Alberic. & alii. Bart. & Zas. & plerique *in d l. quatuor*, plures ponit Jas. *in l. 10. C. de jur. & fact. ign. & Cost. in d. l. 1.* b) *l. 2. ubi Ias. hic. Diss. Acc. ib.* qui præscriptis verbis actionem dat hoc casu *per l. rebus. C. de rer permut.* c) *l. 5. §. 3 de obl. & act. §. item u cui per. Inst. de obl. ex q. contr.* d) & heredi, *l. 12. ubi Dd. hic, l. 1. 5. C. eod.* Quod si à duobus pariter solutum sit, pro rata utrique, *per l. 15. §. fin. hic, ubi Cost. arg. l. 25. de usufr. l. 25. de solut.* sin impariter, posteriore loco solventi dabitur condictio, *d. l. 25. l. ult. §. 2. hic.* Quid si duo rei sub disjunctione obligati pariter solvant? electio creditoris est, cui velit reddere ut alterius repetitio impediatur, *l. 21. hic.* qui casus excipi debet, monente Cujacio 8. *obs. 35. à l. pen. C. hic.* in qua Justinianus sententiam Juliani *in l. 32. hic.* de obligato alternativè & solvente utrumque probat, abrogata Ulp. contraria quæ est *in l. 26. §. pen hic.* e) *l 1. §. 1. l. 19. §. 1. l. 22. 23. §. fin. hic.* idq; tam solventis quàm recipientis. Ob scientiam enim illo casu donatio præsumitur, *l. 9. in fin. C. hic, l. 53. de R. I. ubi Pet. Fab. nu. 7. Dec. nu. 4.* hoc casu furtum committitur, maximè tamen si solutionem urgeat, *l. 43. § 2. per l. seq & l. 52. §. 21. de furt. Bart. in d. l. 43. Cuj. tr. 7. ad Afric. ad l. 38. §. 1. de sol.* Dubitatio autem pro errore habetur, *l. fi. C. hic, per l. 1. de legat. 3. l. 14. 15. qui test. fac. Bal. in l. leges. C. de LL. per l. 22 §. 2. C. de furt. P. Fab. ad d l. 53. n. 10. Dec. ad l. 19. n. 3. de R. I.* f) neque natura, neque jure civili, *l. 26. §. 3. l. 65. §. fin. l. 59. hic.* g) jure civili, *l. 34. §. 1. de aur. arg leg. l. 36. de V. O. facit l. 88 §. 1. ad L. Falc. l. 95. §. 4. de solut. & 1. Inst. de exc.* h) quando illa naturalem obligationem tollit: ut exceptio Vellejani, *l. 10. princ. hic*,

*doli,l.1.§.1.de dol.exc.d.l.*88.*ad l.Falc.*pacti justi & jurisjurandi,*l.*34.*hic.* Hæ enim [illegible]quitate naturali nituntur, *d.l.*1.*§.*1.*l.*14. *de compens.* ut etiam hæc condictio, *l.*[illegible] Secus in exceptione rei judicatæ,*l.*28.60.*hic.* SCti Macedoniani, *l.*40.*hic.l.*9.*in* [illegible] *Maced.l.*9.*in fi.si cert.pet.*ex edicto, Quod quisq; juris, *l.*3.*§.fi.* quod quisque juri[illegible] quæ huic actioni ideò locum non faciunt,etsi perpetuæ sint,quia obligation[illegible] turalem non tollunt,*vide Menoch.*2.*arb.jud.cent.*3.*cas.*234.*& recup poss.remed.*1.[illegible] *ad* 39. *P. Fab. ad l.* 66. *de R.I.* Et ut verbo dicam, ex omnibus causis quæ jure no[illegible] luerunt, vel non habuerunt effectum secuta per errorem solutione, condictio[illegible] cus erit *l.*45.*hic.*

V.

Ut itaq; actio hæc competat, rem indebitam *a* oportet esse solutam *b*: neq; temporariæ exceptiones eam inducunt *c*. Quin imò in diem *d* vel conditionem certam debitor adeò debitor est, ut neque sortem,neq; accessiones, neq; interusurii medii *e* temporis nomine quidquam repetere possit. Quod si dubitetur utrum temporalis an perpetua sit exceptio, condictio dabitur *f*: ideò sub conditione aut die simpliciter incerta debitum *g*,ea adhuc pendente poterit repeti.

a) sive solvens fuerit dominus sive non: uterque enim condictionem habet,ille dominii,hic possessionis,*l.*15.*§.*1.*hic.*nisi possessio consumta sit,quo casu rem in solidum repetit,*d.§.*1.*ubi Zas.n.*10.*facit l.*13.*de mort.caus.donat.Duar.c.*2.*hic.* b) per solutionem enim aliquid negotii gestum videtur inter contrahentes, *l.* 2 93.*hic.* *§.is quoq; Inst.de obl.ex q.contr.* ubi Hotom. benè distinguit inter rei veritatem & præsumtam legis interpretationem, *per l.*3 *si cert pet.l.*51.*locat.* c) qualis est exceptio pacti,ne intra certum diem petatur,*l.*1.*§.*1.*de cond.& dem.l.*137.*§.*2.*de V.O l.*70.*de sol.* d) *l.*10.18.60.*in fin.pr.hic*, *l.*16.*de solut.l.*12. *de accept.* e) *l.*13.26.*C de usur.l.*6.*de naut.fœn.l.*4.*C.depos.l.*49.*§.*1.*de act.empt.*idq; ut commune defendit Robert. 1.*sent.*26.*Diss.Alber.Fulgos.Ias.ad d.l.*10. *Duar.c.*5.*hic*: quos conciliare nititur invicem Molin.*tr.de usur.q.*71.*n.*497. f) *l.*56.*hic. Duar. d.c.*5.*hic.* g) *l.*16.*hic,arg. l.*7.*pr.de compens.*neq; differentiæ inter conditionem & diem incertam constituendę causa correctionem admittit A.Fab. 4.*conject.c.ult.Diss.Bart.ad l.*17.*nu.*2.*hic.* qui post Acc.in hac differentia vacillantem plenius distinguit. Diss.aliter Cuj.13. *obs.*20.& in quadam prælectione,cujus meminit Goth.*ad d.l.*16.ubi textum corrigit,quem sequi videtur P.Fab.*ad d.l.*66.*n.*24.*in princ.de R.I.*

VI.

Deinde errore facti *a* solutum esse oportet: fœmina tamen *b* & pupillus sine tutoris autoritate solvens, item furiosus & prodigus indebitum solutum *c* repetunt. Illud non interest, an quis ipse,aut pro eo alius solvat *d*.

a) *l.*6.7.*C.hic,l.*9.*C.ad L.Falc.l.pen.§.si quis,de jur.& fact.ign.l.*10.*C.eod.Duar.c.*3. Duo igitur extrema actor probabit, solutionem & ignorantiam sive errorem, *l.*25. *pr.de probat.*hæc tamen præsumitur, quia agitur de damno vitando. *Bald.in l.*2.*n.*3.*C. quod met.caus.* quo nomine & proprii facti ignorantia toleratur, *ut in l.* 22. *§.*1. *hic.* b) beneficium SCti Vellejani ignorans, *l.*9.*C.ad SC. Vell.l.*9. *de jur. & fact. ign.*

c) *l.*10.

c) *l.* 20. *hic.* sive scientes, sive errantes tum in jure, tum in facto, quia persona locum facit repetitioni, *l.* 9. *de adq. her. l.* 189. *ubi Dec. de R. I. l.* 25. *pr. ubi Cujac. de min. l.* 41. *hic,* §. 2. *Inst. quib. al. lic. l.* 11. *de adq. rer. dom. l.* 9. *in fi. pr. de auth. tut. Rob.* 1. *sent.* 10. nisi debitum solutum sit, & solutum debitor consumserit, *l.* 19. §. 1. *ubi Donell. si cert. pet. l.* 41. *hic.* Malè autem Acc. & eum secuti dictam l. 19. vel ad causam inficiationis, vel ad casum *l.* 9. *C. ad l. Falcid.* referunt, quos refutat P. Fab. *ad l.* 53. *de R. I. nu.* 15. *vide Cujac.* 21. *obs.* 23. *& ad l.* 127. *de V. O.* d) *l.* 6 *pr. ubi Cost. l.* 57. *l.* 9. *hic, C. eod. l.* 8. §. 5. *de furt. l.* 6. *C. eod. arg. l.* 15. *si cert. pet. Cujac.* 24. *obs.* 28. An ei hæc condictio dabitur, qui ei cui solvit, remunerandi obligatione tenetur? Verius est dari, cùm illa obligatio merè naturalis, ne quidem exceptionem pariat, quæ sententia communis est, *Ias. in l.* 6. *de just & jur. nu.* 74. *& in l.* 1. *hic, nu.* 12. *Soar. in comm. opin. lit. E. nu.* 160. *Pinel. ad l.* 1 *p.* 3. *nu.* 60. *vers. probatur quartò, C. de bon. mat. Diss. Fortun. Gars. in l.* 1. §. 3. *illat.* 12. *de just. & jur. Zas.* 1. *sing. resp.* 3. *nu.* 22. *Covar. de testam. c.* 7. *n.* 33.

VII.

Datur hæc condictio adversus eum, qui vel ipse vel per alium *a* in solutum accepit *b*: & condicitur vel idipsum *c* quod solutum est, vel tantundem, id est ejus æstimatio *d*, & quicquid præterea è re soluta provenit *e*, ante litem contestatam *f*, & quovis loco, licet is qui solvit, certo lòco se debere existimavit *g*.

a) sive cum mandato, *l.* 14. *de cond. caus. dat. l.* 180. *de R. I. & ibi P. Fab. l.* 56. *de solut.* sive ratihabitione, *l.* 43. §. 1. *de fur. l.* 16. *pr. rem rat. hab.* b) etiam si a falso debitore suo nomine solvente suum receperit, *l.* 65. §. *fin. hic.* cùm ex parte solventis indebitum æstimetur, *l.* 19. §. 1. *hic, l.* 5. *C. eod. Cuj.* ex sententia Acc. contra Budæum 8. *obs.* 9. *Duar. c.* 7. *hic. Zas.* 1. *antin.* 14. *& in defens. contra Petr. Stellam per tot.* c) *l.* 7. *hic, l.* 26. *in fin. de præscript. verb. l.* 3. 5. 6. *C. eod.* Sed quid si solutum indebitum bona fide consumsit, vel casu aliquo perdidit? Cessat hæc condictio, nisi locupletior factus sit, *l.* 3. 14. 65. §. 6. *l.* 66. *hic. Zas. in l.* 15. §. 1. *n.* 6. *Ias. n.* 7. *ibid.* d) si quantitas soluta sit, *d. l.* 7. *& d. l.* 26. *d. l.* 65. §. 6. *l.* 26. §. 12. *hic.* e) ut accessiones naturales, fructus bona fide percepti, habita tamen impensarum ratione, non usuræ, *l.* 1. *C. hic. Cujac.* 8 *obs.* 34. *l.* 15. *ubi Bart. l.* 26 §. 12. *l.* 65. §. 5. *eod. l.* 38. §. 2. *de usur. l.* 27. *in fin. de usufr. leg.* f) nam post litem contestatam veniunt fructus officio judicis, non jure actionis, *facit l.* 15. *de usur. adde l.* 51. §. 1. *de pet. her. vide Gœdd. in l.* 21. *&* 35. *de V. S. Diss. variè Dd. in d. l.* 15. g) *l.* 27. *hic.* etiam in eo, in quo quis solvit indebitum, unde & ratione quasi contractus forum sortimur, *arg. l.* 33. *eod. l.* 20. *de judic. l.* 2. *C. de ratiocin. oper. gl. Bar. Ias. Goth. in d. l.* 27. *Diss. Gul. de Cuneo, & eum secuti Vltramontani.*

VIII.

Ea verò ut indebita repetimus, quorum retentio ipso jure *a* nobis competit: quorum autem retentionem opposita doli exceptione *b* habemus, eorum tantummodò retentionem & possessionem condicimus *c*. Et, ut verbo dicam, quidquid non ex æquo & bono debetur, id indebitum hoc loco censetur *d*.

a) *l.* 41. *hic.* qualem maritus in dote habet, *l.* 5. *de impens. in dot. fact. vide Gœdd. ad pr. l.* 79. *de V. S. n.* 7. b) qualem habet is, qui existimans se heredem, sumtus

in re hereditaria facit, *l.33 in fin. hic, l.14. de exc. dol. l.48. de R.V. l.14. com. div. Cyn. in l.11. C. de R.V. Ias. in d.l.33. num.1.* & cæteri propè omnes post Accur. *ibid.* quos & Duar. *c.2. hic.* sequitur. Sed id in hac tantùm actione, sicut & aliis directis actionibus stricto jure procedere volunt Molin. *ad consuet. Paris. t.1. §.1. glos.5. num.87. cum seqq. per l.6. §.3. de negot. gest. l.38. de pet. her. vide notas Goth. ad d.l.33. Cujac. 10. observ.1. eleganter Goedd. ad d.l.79. pr. nu.8. & in fin.* c) *l.15. §.1. l.40. §.1. ubi Bart. hic. Duar. d.c.2. arg. l.11. §.1. de adquir poss. P. Fab. ad d.l.66. n.25.* d) *arg. d.l.66. l.64. in fin. l.15 pr. l.13.47. hic, l.10. de obl. & act. Rob.1. sent.6.*

IX.

Ex causa igitur cui naturalis obligatio subest *a*, solutum repeti nequit. Talis est obligatio fratrum qui in potestate *b* patris constituti contraxerunt.

a) *d.l.13. & l.64.* ubi vide quæ ex Cujacio notat Gothofr. *l. frater à fratre 38. hic.* Hic disputatur, utrum indebitum solutum repeti possit ab eo, cui solvens ad antidora, sive remunerandi obligatione tenetur? Verius est quòd possit repeti, cùm illa obligatio naturalis ne quidem exceptionem parere uspiam dicatur, quæ sententia communis est, *Ias. in l.5. num.74 de just. & jur. & in l.1. num.12. hic Pinel. in l.1 p.3. n.59. C. de bon. mat. Em Soar. in comm. opin lit. E. nu 160 Duar. c.2. de obl. & act. Diff. Fortu. in l.1. §.3. de just. & jur. Zas.1. resp.33. nu.22. Cov. in c. cum in officiis, nu.10. de test. adde Rob.2. sent.16.* b) *d.l.38.* si igitur frater post mortem patris solvit pecuniam fratri, tum pro ea parte, qua ipse patri heres extitit, repetet: pro altera verò parte, qua frater heres extitit, ita repetet, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenerit, *Cuj. tract.9. ad Afric. ad d.l. frater. Rob.1. recept. lect.30. Io. Mercerus lib.1. sing. ad d.l.* Naturalis enim obligatio tam creditoris ipso jure, *§.1 Inst. per quas pers. n. b l.1. princ. si à par. quis manum. l.9. §.2. de pecul. Io. Mercer. d. lib pag 6. vers. hoc primum controversum. Pac. ad d.l. frater. pag.16. vers. deinceps.* quam debitoris ex æquitate patris est adquisita, *§.10 Instit. de act, l.32. pr. de pecul. arg. l.10. de R.I. Pac. ad d.l. pag 18. vers cum frater fratri.* Ea autem morte patris solvitur jure confusionis quoad debitorem, *l.21 §.3. de fidejuss. l.95. §.2. de solut. juncta l.21. pr. ad l. Falc. l.1 in fin de novat. l.7. C. de pact l. pen. C. de her. act. Cujac. d. loc. vers. illud quoq; sciendum.* vel perceptionis quoad creditorem, *d. l. frater. vers. naturalem. Pac. pag.20. ver. contra filius, Bellon 4. supput.9.* vide peculiarem Hot. ad d.l.38 disputationem, quem propter negationem principio legis additam rectè reprehendunt Rob. & Cujac. *dd loc. & Io. Ant. Lescur. lib. sing. ad l.38.* Cui tamen respondere conatur Hot. in appendice ill. quæst. editionis postremæ. Post alios omnes ad hanc l. analysin forensem eleganter confecit Goth. *ib. quem vide.* adde etiam quæ latè disputant Cujac. & Rob. *in suis controv. lib.3. c.6. & seqq.*

X.

Cessat hæc condictio, si quid ex causa judicati *a*, jurisjurandi *b*, transactionis *c*, inficiationis *d*, pietatis *e*, deniq; si pœnæ *f* nomine aliquid solutum sit: item præscriptione 30 annorum eliditur *g*.

a) *l.1. C. de re judic.* sive judicio verus debitor absolutus, *l.28. hic.* sive non debitor damnatus solverit, *l.60. hic, facit l.36. §.1. famil. erc. ubi Bart. & Gothofr. l.1. pr. C. hic, juncta l.58. argu. l.29. mand. l.23. §.1. hic, l.2. C. de compens. Cujac. tr.8. ad Afric. ad l.21. commod.* quia res judicata parit civilem obligationem. *confer tamen l.37. de exc. rei jud.*

jud.l.35.de re jud.l.4.C.eod. Aliud est, si coheredi solvatur in divisione apud arbitrum celebrata, id enim reperitur *l. 8. in fin. C. de collat.* b) *per l.36.l.9.§.1.de jurejur. l.1.C.d.t.§.aquè, Inst. de except. §.item si quis, Inst. de act.* c) *l.2.hic.* etsi res nulla media fuerit, *d.l.65.§.1.hic, l.6.C de jur. & fact.ign.l.11.C.de non num.pec.* d) qua crescit in duplum, *§.fin. Instit. de obl.ex q.contr.ubi Theoph.Borch.Mynf.nu.3.Sneid.nu.4. Hot.ibid.enunc.* 1. *l.4. ubi Dd. C. hic.* e) *l.32.§.2.* cùm propter causæ favorem, tum quia inficiando crescit, *Sneid.d.§ fin.nu.5.Borch.in fin.ibid.* Eadem ratio in sumtibus literarum indebitè solutis militat, per ea quæ tradit Everh. *in Top.loco, à dote ad pias causas.Bart. & Alc.in l.1 in fi.sol.mat. Acc.in l.1.in fi.C.de stud.lib.urb.Rom.latè Tiraq. in tr.de priv. pia causa, per auth.habita, C.ne fil.pro patre, vide Alc.6.parerg* 21. f) *l. 19.p.l.42.hic.Cuj.8.obs.39.l.46.de R.I.* ubi P.Fab. pulchrè id explicat. *adde l.22.de pign.act. l.52.in fi.pro soc.l.74.de sol.* g) si indebitum à domino solutum ignoranter acceptum sit, *l.15.§.1.hic, ubi Alb.Raph.Cuman.Fulg.Alex.per l.3.pro suo, quos sequitur Zas. ad d.l.15.§.1.n.9 Diss.Bart.ibi.nu.7.* quem tueri conatur Jas. *ib.vide & Menoch.recup.poss. remed.15.n.419.à quo dissent.Wes.cons.6.n.74.*

XI.

Est etiam ex promutuo *condictio sine causa*, adversus eum, apud quem res aliqua sine causa est *a*, competens: quæ etsi cum cæteris concurrat *b*; in certis tamen casibus peculiarem sibi locum vendicat *c*.

a) sive ea ab initio nulla, & tum potissimùm competit, *l. ult. hic, ubi vulgò Dd.* sive finita, *l. 1. §.2.* sive secuta non sit, *l.4.eod.* Aliter tamen distinguit Alberic. *ex l. 65. § 2. & seq. de cond. indeb.* b) *l.2.§.2.l.6.de cond.ob turp.caus. Wes.par.hic.* Sine causa enim & indebitum & ob turpem vel inhonestam causam causa non secuta datum comprehendit Cuj. *par.C.hic, & tr.8 ad Afr.ad l.4.* ubi rectè notat dari Ex causa præsenti, O b causam verò futuram. *Arn.Haërsolt in adversar.ad hunc t.n.1.Old.class. 7.act.5.n.4.* c) quos Cuj. *in par.C. & Vult.2.jurispr.8.nu.15.* ordine recensent. I. condictio chirographi competens vel pecunia non numerata intra biennium, *l.fi. C. hic.* vel debito soluto, *l.2..C. eod.* II. fructuum à malæfidei possessore consumtorum, *l.3.C.hic.* III. est *in l.2.hic.* IV. in *l.30 §.2.de act.emt.*

XII.

Alia omninò à superioribus est *condictio furtiva*, non tantùm odio furum *a*, sed & in favorem actoris *b* introducta, qua is intendit rem *c* furto sublatam sibi dari oportere.

a) quo pluribus actionibus teneantur, *§ planè odio, Instit. de act.* tenetur enim & ad exhibendum, & rei vindicatione, ut possessor, *l.7.§.1.hic, l. 12. C. de furt.* actione verò furti ut fur, *d. l. 7 §. 1.* hac deniq; condictione, ut & fur & possessor, *l.8. §.1. l. fin. hic. Petr.Plat. ad § sic itaq, num.2.Instit.de act.* Dico, furem teneri etiam rei vindicatione, ut possessorem, quod & verum est, ut absq; precii restitutione ab alio quovis possessore rem furtivam, etiamsi eam possessor ille ignorans emerit, vindicare possit; *d. l. 12. C. de furt.* adeò, ut nec protestatio emtoris, qui ait se rem emere nomine domini, & paratum esse eandem quandocunq; recepto precio restituere, quidquam prosit, *Alc.de præs.reg.3.præs.29.num.3 Mar.Salam.in l.9.de just.& jur. Moll.3. semestr.10 Diss.Cæpol.caut.10.* b) quia datur domino, à quo tamen nihil datum fuit, quod est contra naturam aliarum condictionum omnium, *l.1.12.pr. hic, l. n. in fin.*

in fin. de cond. trit. l. fin. usufr. quem. cav. Hinc Hotom. *in d. §. planè odio, enunc.* 4. conatur probare non esse civilem, sed prætoriam, partim quòd à civilibus degeneret, partim quòd pleræq; ll. *hoc tit.* desumptæ ex libris JCtorum ad Edictum. Sed consecutio nulla est: etenim & in civili jure, prout tractatus quilibet tulit, multa hinc inde constituta sunt singularia, ut in mutuo, *l. 5. si cert. pet.* & eodem titulo ad edictum inscriptæ leges multæ: neque tamen inde quis effecerit condictionem ex causa mutui prætoriam esse, non civilem. De origine verò hujus condictionis plurimùm Dd. controvertunt. Ex maleficio oriri putant Dyn. Cyn. Bart. *propter l. 10. §. 2. de compensat. & l. 21. §. 5. de act. rer. amot. secuti Accurs. in l. 30. pr. de act. emt.* quam communem dicit Mayner. *ad l. 111. de R. I.* & defendit Cuj. 13. *obser.* 37. Magis tamen placet opinio Salic. *in l. 7. §. fin. hic.* & post eum Ang. Aretin. §. 1. *Instit. de act.* qui eam oriri putant ex variis causarum figuris propter anomaliam: facit, quòd propriè rem persequatur *l. 7. §. 2. l. 8. pr. hic.* licet ei occasionem præbeat maleficium, idq; ut probabilius placet Vult. 2. *jurispr. 19. num. 29.* c) quæ si certa est, certi: sin incerta, incerti condictionem parit: Illam soli domino, *l. 1. hic.* hanc tam domino, quàm cuilibet bonæ fidei possessori, *l. 1. § fin. l. 2. de cond. trit. l. 12. §. fin. ubi Bart. n. 4. & seq. hic. l. fin. §. 3. C. de furt.* Wes. *hic. n. 6. in fin. Vaud.* 1. *var. quæst. 34. Vult. d. loc. nu. 25. Diss. Acc. in d. l. ult. verb. furtivam, & aliter adhuc Bar. in l. 12. §. 2. hic, n. 2.* qui condictionem incerti competere largiuntur, sed non furtivam.

XIII.

Datur adversus furem *a* & quemlibet rei possessorem ex non justa causa *b*, quin imò adversus eorum heredes *c*, quatenus heredes sunt *d*, ut restituatur res *e* cum omni causa *f*, aut si ea restitui nequeat, præstetur interesse *g*.

a) *l. 5. 10. pr. l. 16. hic, l. 6. §. fin. l. 25. rer. amot.* b) ut creditor, cui pecuniâ soluta res pignori data condici potest, *l. 3. §. 1. si cert. pet. adde l. 54. de furt.* alius casus est *in l. 32. si cert. pet. l. 1. §. fin. de cond. sine caus. Vult. d. c. 19. n. 28.* c) *§. fin. Inst. de obl. ex delict. l. 2. 5. hic.* unde satis evincitur propriè non ex delicto descendere hanc condictionem, quod, ut dixi thesi proxima ad lit. B. Cujac. putat, *propter l. 9. §. ult. & seq. de tut. rat. distrah.* vide etiam Bart. *in l. 9. hic. Accurs. in l. 59. de R. I.* quem sequitur ibi P. Fab. *nu. ult.* d) non in quantum ad eos pervenit, aut quatenus facere possunt, *per l. 9. hic, l. 7. §. fin. eod. ubi Bart. & vulgò Dd. c. fin. ubi gl. de sepultur.* Wes. *par. hic, nu. 6. P. Fab. ad l. 157. §. fin. n. 2. & ad l. 38. n. 20. de R. I. Gui. Mayner. ad d. l. 111. n. 3. & 6. de R. I. Schneid. n. 4. ad d. §. planè.* & hanc communem dicit Vult. *d. c. 19. n. 30.* Contrarium tentavit Cujac. 7. *observ.* 37. & cum obsisteret *d. l. 9. hic.* eam 13. *obs.* 37. accepit de herede ejus, qui litem cum actore contestatus est: sed pro communi eleganter contra Cujac. pugnat Ant. Fab. 4. *conject.* 1. e) *l. 8. pr. & §. fin. hic.* Impensas an deducere possit, quæritur? & non posse probat *l. 13. hic, ubi Bart. gl. in l. 1. C. eod. Sneid. ad d. §. planè, n. 3. adde l. 1. C. de infant. expos.* f) *l. 8 pr. l. 17. fin. hic, l. ult. C. eod. l. 30. de act. emt. l. 46. 67. in fin. de furt. l. 7. C. de cond. ob turp. caus.* g) *l. 3. hic, ubi Bart. n. 1. l. fin. C. eod.* etiamsi extra rem in lucro consistat. *Dd. in d. l. 3.* ideoq; æstimatio ejus temporis fit, quo res unquam plurimi fuit, *d. l. 8. §. 1. d. l. fin. hic. Cujac. tr. 8. ad Afr. l. 37. mand. in fin.* & æstimationis diversitas facit, ut concurrere cum L. Aquilia possit, *l. 2. §. 3. de privat. delict.*

DISPUTATIO XXIII.

De condictione ex lege, & triticiaria: quod certo loco dari oportet: & de constituta pecunia.

Respondente Hieronymo Sperlingio Witzenhusano Hasso.

Thesis I.

Condictio *a* ex lege *b* est actio in personam, quæ datur ex obligatione lege *c* aliqua nova *d* introducta *e*, quæ lex quo actionis genere agendum sit non expressit *f*.

a) hactenus condictiones magis speciales fuerunt, succedunt duæ generales, hæc nimirum, & Triticiaria. *Wesenb. par. hic, nu* 1. *&* 2. b) quæ verba non simpliciter causam, sed certæ actionis nomen designant ad aliarum condictionum differentiam, potissimùm tamen ad rei solius, ob quam datur, favorem, & accipiuntur materialiter, q. dicat actio quæ appellatur ex lege, ut eleganter Donell. *ad l. un. hic, nu.* 2. *&* 17. in fine docet. Diss. vulgò Dd. c) legem hìc pro omni constitutione accipe, quæ statim ut lata est, obtinet vim legis. *Wes. hic, n.* 4 hoc est, omnes obligat: quo ipso præsupponitur, latam esse ab eo oportere, qui superiorem non agnoscat. *Costal hic. Alex. in l* 5. *de V. O.* Talis hodie in Imp. Romano est constitutio Pacis publicæ, pignorationis, & recenter, nempe Anno 1570. promulgata de Arrestis Imperii, super quibus quotidie processus in Cam Spirensi informantur. Vide Ord Cameræ *part.* 2. *tit.* 9. 21 *&c.* Quid igitur de cæterorum Principum statutis, consuetudine, & legibus municipalibus dicimus? Ea juri Prætorio comparari voluit Panorm. *in c. ult. de offic. leg.* unde actio in factum descendit, quod idem hic statuunt *glos. in §. ult. Instit. de interdict. l. f. & Cost. hic.* Diss. Bart. & eum secuti, qui condictionem ex lege & huc extendunt. Ut summatim dicam, non ex jure gentium descendit hæc condictio, quia ejus occasione actio præscriptis verbis datur, *l.* 1 *& passim, de præ c. verb.* nec ex jure Prætorio, quo actio in factum in subsidium datur, *l pen. §.* 1 *ne quis eum qui in jus voc. &c. l.* 1. *si mens. fals. mod. dix.* & sanè edicta Prætorum non statim vim legis habuerunt, *§. Pratorum, Inst. de jur. nat gent. & civ. Donell. hic, nu.* 10. *facit §. quos autem, Inst. de bon poss.* d) nova lex hìc absolutè post l. 12. tab. constituta accipitur. *Don. d. loc. VVes. nu* 4 *in fin. per l.* 1. *&* 3 *de pet. her.* Dissent. Bart. & alii, qui illam particulam non ad legem, sed ad obligationem referunt, quos refutat Donel. *d. loc. num.* 12 *&* 15. Novam autem intellige omninò novam, non renovatam vel confirmatam, qualis est actio præscriptis verbis & l. Aquiliæ, quarum causæ sive obligationes etiam civiles dicuntur, quia jure civili confirmantur. *Donell nu.* 14. *hic.* Exempla condictionis ex lege in jure nostro sunt *in l. diffamari, C. de ingen. & manumiss. de qua inf part.* 2 *disp.* 31. *in l. Zenonis, l.* 2. *C. de jur emphyt. de qua inf. part.* 1. *disput.* 29. *in fin.* & alia quæ vide apud Wesenb. *hic, num.* 4. *Hot. in comm hic, & Vult.* 2. *jurispr.* 17. e) hæc est differentia specifica hujus condictionis, cùm aliâs abusivè loquentibus omnis cōdictio ex lege videatur. Obligatione posita necesse est poni actionem, & est

plerunq; unà cum obligatione actio lege prodita, & tum illa ipsa actione uti[illegible] interdum in constitutionibus novis obligatio lege prodita est, non etiam actio[illegible] tum agimus ex illa ipsa lege, *Vult.d.c.17.in princ.*

II.

Condictio Triticiaria a est actio in personam stricti juris *b*, qua promiscuè res quasvis certas & incertas *c* petimus, sola pecunia numerata excepta *d*.

a) sed non Prætoria, verùm civilis: objicit Hotom. hic: qui de ejus origine novam proponit sententiam: quæ mihi valde propinqua vero videtur. Est autem ab auctore Triticio ita dicta probabiliter, ut Publiciana, Fabiana, & aliæ: *Acc.Bart. & Dd.ad d.l.1.hic.* quos sequitur Duaren *pr.hic.* & latè defendit Donell. *ibid.num.2.& seq. & num. 8. per l.1. hic.* ubi tritici nulla fit mentio in enumeratione rerum ob quas datur ab Ulpiano, quod credibile est eum facturum, si occasione tritici ita esset nominata. *Diss Reyn.Cors.1.indag.1. Cujac.par.hic.* motus autoritate Græcorum, quorum sententiam Hoto. hic anilem delirationem potius quàm docti hominis conjecturam nominat. Cujacium sequitur Arn. Haërsolt *in advers. ad h.t.* b) *l.3.hic. ubi Donell.num.18 idem ad pr.tit.de eo quod cert.loc.num.3. Robert.2.animadv.4. & 5. item 2. not ad notat. Merc.4.& 5. Diss.Cujac par hic, & tit.seq.item tr.3.ad Afr.ad l.8.quod cert. loc.item in Merc.2.notat.4.& 5.sequitur Vult.2.jurispr.4.n.65.& Hot.in com. hic.* c) corporales & incorporales, *l.1.pr. & vers.generaliter, l.2. hic.* Obiter & hoc noto *ex d. l.*1.non tantùm pecuniam numeratam (ut voluit Zas.1.*sing. respons.* 1. *num.* 22. & eum secutus Donell. *ad l.2. si cert. pet.*) sed & alias res fungibiles quantitatis nomine venire, *facit l.19.de aur.& arg.leg.Cujac.11.observ.37.Gœdd.ad l.4. de V.S.n.24.& seq.* ubi tandem *num.* 33. rectè reprehendit Cujacium *d.loc.* asserentem, quòd grex ad numerum venditus debeatur tanquam quantitas. d) quia tum satis succurritur certi condictione, *l.1 princ. hic.* Wesenb. *ibid. Menoch.recup. poss. remed.3.num.3.* Paulò aliter Bart. *in l.2.num.2.Bald.ibid.Donell.in l.1.num.4.* qui sola Prætoris voluntate id factum ajunt.

III.

Superest actio *a de eo quod certo loco b*, quæ est arbitraria *c*, utilis *d*, qua id quod certo loco ex stricta actione dari debuit, alio loco peti potest *e*, facta commemoratione ejus loci quo dari debuit *f*: quod autem dicimus alio loco peti posse, id non de quovis sed idoneo intelligimus *g*.

a) ratio continuationis videtur hæc esse optima, quia hactenus de condictionibus ita specialiter nominatis actum est, in quibus sæpè evenit, ut facultas detur cōdicendi alio loco, quod certo loco debebatur, addenda adhuc erat hæc actio, *Don.ad rubr.hic.Diss.Cujac.par. hic.* qui ideò condictioni Triticiariæ hanc actionem subjici putat, quia utraq; sit arbitraria. Dissen. aliter Acc. quòd nimirum præcedentes conventiones cum hac id commune habeant, quod præter conventionem introductæ sint. At cur in Codice ad tractatum de jurisdictione hæc quæstio collocata est? Quia pertinet ad actionem rectè instituendam, & ad eam partem jurisdictionis, ubi quis agere vel conveniri debeat. Alia ratione in Instit. collocata est *in §. loco, de act.* quia regulariter plus loco petitur, quod alio loco petitur, quàm ex quo debetur, nisi arbitraria hac actione in eam rem comparata agatur. *Donel.ad rubr.hic,*

nu.1.

nu. 1. & 2. b) quæ & ipsa est condictio, à superioribus nova sive alia, non genere actionis, sed qualitate, *Don. d. nu.* 2. *gl. in l.* 7. *verb. conductorum. hic. VVes. n.* 5. *Azo in summ. C. hic, n.* 2. *Ias. in §. præterea, n.* 4. *Mynf. nu.* 5. *Inst. de act.* c) quia contra naturam strictorum judiciorum judicis arbitrio dijudicatio relinquitur, *l.* 1. *& seq. in pr. l.* 4. §. 1. *hic, l.* 1. *C. ubi conv. qui cert. loc. ubi Cujac. in par.* §. *præterea, & ibi Mynf. n.* 9. *Sneid. nu.* 12. & 13. *Inst. de act.* actio exstipulata, *l.* 2. §. 1. *l.* 7. *hic.* ex testamento, ex mutuo hac adjectione fiunt arbitrariæ, *l.* 5. 6. *hic.* sic & actio ex constituto, *l.* 16. §. 1. Et sanè hîc nihil purè, sed quod æquius melius petendum est, §. *loco, & ibi Hot. Inst. de act. vide Menoch.* 1. *arb. jud. q.* 65. *n.* 3. & *seqq. Don. ad l.* 2. *n.* 1. *hic.* d) *l.* 1. *in fin. hic.* quia datur ex æquitate, deficiente directa. *Cujac tr.* 8 *ad Afr. in l.* 8. *hic. Donell. in l.* 1. *nu.* 4. *Diss. Acc. ibid.* qui utilem interpretatur pro efficace. e) *d l. un. C. hic.* Nec refert quoquo modo se certo loco soluturum obligarit, sive cautione, *l.* 1. 2. §. 1. & 2. sive credito, *l.* 6. *hic.* sive constituto, *l.* 16. §. 1. *de constit. pec.* sive aliis conventionibus id fiat, *l.* 5. *hic.* modò stricti juris eæ sint, *l.* 7 *ubi Bart. & Ias. hic. Cost. Don. in l.* 2. *eod.* f) *d.* § *loco. ubi Theoph. & Donell. Inst. de act. Cujac. par. C. hic,* & *d tr* 3. *ad Afr.* non tamen opus est præcisè, ut actor etiam arbitrii mentionem faciat. *Diss. Hot. in d.* §. *loco.* g) *Acc. in l.* 1. *in fin. hic. Azo in sum. C. eod. Ias. Castr. Cost. in d. l.* 1. *per l.* 19. §. *fin. de jud. juncta l.* 11. §. 1. *de mun. & hon. Duar. hic, c.* 4. *Don. ad d. l.* 1. *n.* 6. *Diss. Bart. il id. n.* 2.

IV.

Causa tamen hæc ab aliis arbitrariis differt, quòd eam non contumacia vel dolus, sed locus adjectus parit *a*: & æstimatio fit pro ratione ejus quod interest loco convento solutum fuisse *b*, in persona quidem rei semper & indistinctè *c*, in persona actoris autem tum, cùm culpa debitoris factum est, quò minus suo loco solveretur *d*, modò debitor in locum solutioni destinatum venire potuit *e*, vel actor in simili mora non constituatur *f*.

a) *l.* 2. 3 4. *& passim hic.* Unde in hac una sententia sufficit, *l.* 4. *in fin. hic. Dd. in l. qui restituere,* 68. *de R. V. Sneid. in* §. *præterea, Inst. de act. num.* 21. nec juratur in litem, *l.* 2. *& passim, de in lit. jur.* vide pulchrè Hotom. *ad d.* §. *præterea, enunc.* 6. quem refert Vult. 2. *jurispr.* 4. *num.* 68. b) *l.* 2. *in pr. &* §. *fin. l. seq. hic.* itaq; si rei pluris intersit, judex arbitrio suo summam minuet: sin actoris pluris intersit, judex summam augebit. *Castr. in d. l.* 2. *num.* 4. *Bart.* & *Ias. in d. l.* 3. *VVes. par. hic, num.* 3. c) sive in mora fuerit, sive non: quia non debet ei commoditas certo loco solvendi conventione adquisita adimi: imò nec fieri hoc potest per moram. *confer* §. *plus autem, vers. ideò, Inst. de act. l.* 2. §. *fin. hic. juncta l. ult. de pact. l.* 12. §. *pen. de sol. & arg. l.* 72. *de sol. pr. de solut. juncta l.* 17. *de peric. & com. rei vend. c.* 1. *de plus pet. VVes. par. hic, nu.* 6. *eleganter Don. in d. l.* 2. *pr. num.* 6. quæ olim fuit Joan. & Acc. *in d. l.* 2. *pr.* sententia. *Diss. Irner. & Placent. ibid.* qui tum demum volunt haberi rationem rei, si ipse in mora non fuerit, quos sequitur Cujac. *d. tract.* 3. *ad Afric. ad l.* 8. *hic.* cui absurdum videtur rei in mora constituti utilitatem spectari. Sed, ut rectè Donel. *d. num.* 6. absurdum non est: quia utilitatem loci creditor contra stipulationem persequitur, quæ ei tum tribuenda non est, ubi ipse in mora non fuit: quia debitor ad eam utilitatem non teneretur, si moram creditor fecisset. At promissor loci utilitatem habet jure conventionis sibi constitutam, quam mora ei non aufert. d) *l.* 8. & *fin. hic. VVes. d. loc. Azo nu.* 4. *Ias. in d.* §. *plus*

autem, n.26. in fin. Panor. in d.c.1. de plus pet. nu.5. Don. d. loc. An igitur non & debitori sua mora nocet, quod innuit *l.173. §.2. de R.I?* Imò nocet, ad id ut perpetuet ejus obligationem, *l.91. §.3. de V.O.* at non ut jus quæsitum illi auferat. c) *d. l. 2. §. 4. ubi Bart. Ias. hic* quia enim hoc casu tacitè dies stipulationi cohæret, iniquum foret eum ante id tempus, quo in locum venire potuit, in mora constitui, *confer l.41.73.137. de V.O.* f) *glos. in d. l.2. § fin. verb. ratio* quia tum compensari delictum delicto intelligitur *l.37. de dol. l.57. in fin. de contr. emt. l.154. §.1. de R.I.* & moram morâ compensari in specie docet *l.9. in fin. l.17. §.3. de usur. l.10. de compens.*

V.

Porrò & contra fidejussorem datur hæc actio arbitraria *a*, si is ex sua mora conveniatur *b*, quod etiam verum est, si solus moram fecerit *c*. Sin autem moram fecerit principalis, obligatio fidejussoris non augetur *d*, nisi appareat fidejussorem etiam obligasse se nomine ejus quod interest *e*.

a) nam de OMNI quod quis certo loco se daturum promisit comparata est ex hoc edicto actio, quia id etiam alibi peti possit, *l.1. hic. & d. §. loco* alia autem actio hoc casu dari non potuit, ne unquam loci constituti utilitas prius quæsita reo auferatur, *l.2. §.1. hic, l. un. C. eod. Duar. hic, c.4. Donell ad l.8. num 4. & Dd. ibid. & in l. fin. hic.* b) *d. l.8. vers. nec oportebit ubi communiter Dd per l.68. §.1. l. fin. de fidejuss. l.17. ad municip. Diss. Coras. 2. misc. 13.* qui putat in hac l. nec rei nec fidejussoris moram præsupponi debere, sed simpliciter quæri de eo casu, quo creditor a fidejussore alibi debitum exigit, quam loco destinato. Non autem ante conveniri potest & fidejussor, quam promissor in locum illum venire potuit, *arg. l.2. § 6. hic, l.73. de V.O.* imò non ante quàm & ipse fidejussor eodem pervenire potuit, *l.49. §.2. de fidejuss.* quam benè explicat Don. *ad l.8. hic. nu.6. Cujac. ad d. l.8. pag.71.* c) ut ita & hoc casu utilitas actoris alibi agentis æstimetur, *Don. ad d. l.8. nu.7. Diss. Bart. & vulgò Dd. ibid.* Ita fidejussor in duriorem causam accipi non potest, quam promissor: at ex eventu fieri potest, ut ipsius obligatio novæ præstationis occasione augeatur, *arg. l.23. de V.O. juncta l.88 eod. & l.44. de oper. lib. Don. ad d. l.8. n.10. Diss. Cuj. ad d. l.8.* d) *d. l.8. hic, d. l.68. & l. fin. de fidejuss.* neq; mora rei fidejussori nocet, ut scilicet obligatio ejus augeatur, etsi noceat ita, ut perpetuetur, *Bart. & Dd. in d. l.68. Don. hic, n.11.* e) nam eo casu & in obligatione fidejussoris pœna inest post moram rei principalis, *l.54. locat* quæ opponi solet nostræ *l.8. hic* & ita rectè conciliatur à Coras. *2. miscell. 12. nu.9. & Don. in d. l.8. num.20. & seq. Diss. Cujac. ad d. l.8. pag.74.* quia quæ officio judicis præstentur, in obligatione non sint: quod Donell. *ibid. n.16.* negat, quia debeantur: at omnia quæ debentur sunt in obligatione, *l.1. §. penul. & ult. de pec. const.* ut usuræ in bonæ fidei contractibus: & si non in civili, sanè in obligatione naturali, quæ & ipsa vera obligatio est. Quòd autem aliquando dicatur, eas non esse in obligatione, intelligit, non esse principaliter, sed esse tamen, postquam deberi incipiunt, etiam officio judicis: ideò *in d. l.54.* est comparatio imparium, ibi: non tam ex obligatione proficisci, quàm officio judicis applicari, *vide Donell. d. loc. n.16 & seqq. Diss. aliter Dd.* ita ut, teste Cujac. *d. loc.* hæc objectio septem intellectus *ad d. l.8.* pepererit, ex quibus is, quem cum Coras. & Donell. secuti sumus, olim fuit Placentini. Sed, quod caput causæ est, quæritur: Unde constet, quòd fidejussor *in d. l.8.* non obligarit

garit se in interesse ex mora rei? Hîc demum, ultra quàm Coras. & Placent. fecere, distinguo cum Donel. quia stipulationis utpote stricti juris natura præstationem hanc non continere poterat: *in d.l.54.* poterat, non modò si expresè obligasset se in omnem causam fidejussor, ut Coras. *d.loc.* voluit, sed etiam si aliis verbis fidejussoria obligatio esset concepta, propter naturam bonæ fidei contractus, *per l.32.§.2. de usur.l.5.C.de pact.int.emt. Diss. à thesi etiam Cost.in d.l.8.*

VI.

Cessat arbitrium judicis, si reus loco solutioni destinato conveniatur *a*: item sorte creditori soluta nulla superest actio ad interesse loci *b*: non item si forte factum certo loco promissum in obligatione versetur *c*. Non autem ut propter loci, sic & propter temporis adjectionem actio efficietur arbitraria *d*.

a) *l.4.in pr.ubi gl.Bart.Ias.hic.* (nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenerit:) in quibus verbis primùm malè Acc. particulam VEL accipit conjunctim pro ETIAM, cùm duæ sint exceptiones: deinde gl. & Bart. (utilitatem temporis) explicant (utilitatem ex mora:) quo pacto constituerunt sententiam manifestè falsam Rectiùs Don.*ibi.n.2* explicat de utilitate temporis illius, quod ad solvendum stipulatione constitutum est: *arg.l.2.§.3* ubi loci utilitatem interpretamur non cujusvis loci, sed constituti, quam solam reo salvam esse oportet. b) quia id debebatur officio judicis, *d l.8* quod sorte soluta cessat, *l.fi.hic.ubi latè Dd.Cuj.tr.3.ad Afr. ad d l.8.* Unde facilè cognoscitur, accessorium quod jure actionis venit etiam sorte soluta adhuc peti posse, ut rectè docuit Bart. *in d.l fi.n.3.* item hinc apparet: etiamsi creditor recipiens sortem protestatus sit, salvũ sibi velle servare interesse, protestationem hanc in interesse loci nihil operari, ut rectè olim voluit Petr. *in d.l.fi.per d.l.8.& l.4.C.depos.* Diss. Bart. & eum secuti pleriq; *in d.l.fin.per l.2.§.7.hic.* ubi solutum est adjecto, & tamen manet interesse: adeoq; non contigit liberatio, & pro non soluto habetur, quod ignorante creditore solvitur adjecto. *Don.in d l fi.n.11.* c) *l.2.§.5.hic, & ibi Don.* qui id sic accipit, stipulationem non inutilem insulæ ædificandæ omninò huc pertinere: aliarum rerum non pertinere, h.e. alias res non adjectionem loci recipere, nisi cõtrahentes velint. Itaq; etsi quoad adjectionem loci necessariam differt stipulatio faciendi a stipulatione dandi, nihilominus tamen quia locus in promissoris quoq; gratiam adjectus est, non debet ei utilitas loci adimi: & proinde alio etiam loco arbitraria actione cum ipso agetur. *Diss.Cuj.d.tr.3.ad Afr.* qui directa actione hoc casu agendum, & ita cessare judicis arbitrium contendit *pag.62. quem sequitur Boc.hic.th.21.* d) *gl.& Ias.in d.l.quod si Ephesi.4. & ibi Don. nu.4. & d.l.4.* explicanda est *ex l.114 de V. O. de qua vide Don in l.78.§.ult.eod.Robert.2. animad.5.& 2. not.ad Merc.5.Diss.Cuj.d.tr.3.ad Afr.pag.59.& 60.& 2.Merc.5.*

VII.

Constitutum est conventio *a* qua quis respondet citra stipulationem *b* soluturum se quod ipse vel alius debet *c*: sive id naturaliter & civiliter simul *d*, sive naturaliter tantùm debeatur *e*. non itidem si debeatur tantùm *f* civiliter: ex qua conventione speciali favore inductus Prætor dat actionem *g*.

a) *arg.l.1 pr.hic.l.1.§.2.& 3. de pact.l.55.de obl.& act.* differt à fidejussione, quod pro se, nudo pacto, ab absente, & aliud pro alio constitui possit, quæ omnia fidejussio non admittit. *Old class.4. act.8. in pr.Goth.ad rubr.hic.Diss.Bart.in l.7.§.igitur nuda,de pact.* qua in re Imol. *cons.12.* contrarium sibi fuisse Bart.asserit. b) quod de stipulatione adeò verum est, ut etiam stipulationi inutili non insit pactum, nec ea per consequens vim constituti habeat, *l.1.§.4 hic,l.1.§.2.de V.O.ubi Cuj.& Don.n.4.* quando scil.de obligatione inducenda sive constituenda loquimur: inutili acceptilationi pactum inest, *l.27.§ pen.de pact l 8 in pr.*(ubi rectè Hiloand.legit: consensum: quod aliâs legitur: contra sensum) *l.19.de accept.l.5.de resc.vend.* quia proniores sumus ad liberandum quàm ad obligandum. *Bart.in d l.1.§.4. hic, sequitur Cuj.ad d.l.1. §.2.de V.O paulò aliter Don.ibid.n.5. Diss Cyn. in l.13.C. de test. & pleriq.* c) *Cuj. par.hic,l.5 § 1.l.11 hic.§.de constituta Inst.de act.* sed quod *d.l.5.§.1.* de legato constituente affirmat, pugnare videtur cum *l.8.de judic.vide Cuj.13.obs.17.* qui post Acc. *in d.l.8.* ait locum ubi solveretur, appositum non fuisse, *in d.l.5.* fuisse: ubi pulchrè Cost. Sed Bart. hoc totum tribuit privilegio legationis. *Diss.aliter alii, qui d.l.5. §.1.* hic legunt negatè, *vide Pac.2.enant.21.* d) *l.1.§.6.* sive ex contractu, sive ex delicto, *l.29.ubi Goth.hic.* e) *d.l.1.§.7.hic.Zas.ad §.9.Inst de act.num.* 8. exemplum ponit in debito ex testamento non solenni, ex quo cùm ob præsumtam voluntatem testatoris legatum naturaliter debeatur, constitui id posse putat. f) *l.3.§.1.hic.* quia in constituto nudum pactum versatur, *d.l.1. Cost.in l.3.Bald.in l pen.C.de non nu.pec. Duar. hic,c.2. Mynsin d.§ n.13.Sneid.in § 9. in personam.Inst.de act.n.24. Io.Fab ibid.Bart in l.1.de fidejuss.* Diss. variè circa hunc articulum Dd. g) h. e. confirmat hoc pactum jure suo Prætorio, *arg.l.6.de pact.l.1.pr. ibi:* constituta ex consensu facta custodit: *hic. Duar.c.1.hic.* Diss.Dd.vulgò, qui geminatum pactum caussam faciunt hujus actionis. *Sich.ad rub.C.hic,n.2.& 3.Cost.in l.7.pr.de pact.& in l.1.hic.Sneid.in d.§.n.16.& seq. Mynsibid.n.17.Wes.par.hic,n.4.Het.in comm.hic.*

VIII.

Constituere possunt omnes qui & obligari *a*, & sive pro se sive pro alio *b*: qui tamen pro alio constituit, is à creditore conventus excussionis sive ordinis beneficio uti poterit *c*, & si constitutum ipse fortè solvit, à principali debitore illud repeteret *d*.

a) *gl.in d.§.9.ver.cum omnibus.Inst.de act.Mynsibid.nu.8.* sive masculi sint sive fœminæ, *l.1.§.1.hic.* nisi fœminæ intercesserint: nam hoc casu prospectum ipsis est ex SCto Vellejano: etiam filiifamiliâs, *d.l.1.§.3.* b) *d.§.9.l.1.C.hic,l.5.§.2.eo.* c) ut prius debitor principalis excutiatur. *Io.Fab in d.§.9.nu.8. Zas.ibid.in fin.Costal.ad l.1. hic.Hart.Hartman.pract.obs.t.29. de fidejuss.obs.1. circa fin.Geil.2. obs.28.Coler.tr.de process. execut.p.1.c.10.n.254.& seq.arg.Nov.4.c.1.auth.præsente.C.de fidejuss.* facit, quod d. auth. de omni genere intercedentium loquitur: & quòd constituentibus id beneficium nominatim dari videtur *l.ult.C.hic.sequitur Goth.ad d.l.5.§.2. Duar.c.8.hic. Sneid.ad d. §.9.n.29.* Itaq; l.16. hic rectè de stricto jure veteri accipitur, quod correctum est *per d. l.ult.* Hodie tamen hac quæstione vix opus est, cùm notarii ferè semper apponant illius privilegii renunciationem: quod eos facere posse docet *Anch.& Sich.in d.l.ult.* Aliud est in mero constitutore, qui proprio nomine, & non in eventum dilatæ solutionis obligat se pro alieno debito, als selbst schuldiger/ *Coler.d p.1.c.10.n.161.& 167.* ubi id in praxi ita servari ostendit. Est & aliud in constituto reali, quod Dd. vocant, quando de-

do debitor in instrumento crediti supponit creditori hypothecam, cum hac clausula, quòd à modo constituat rem illam hypothecatam non suo amplius, sed creditoris nomine possidere, *vide Coler. d. tract. p. 1. c. 5. n. 115. & seq. & c. 10. n. 149. & seqq. & p. 3. c. 12. n. 73. Tessaur. decis. 215. Gabriel. 4. comm. opin. tit. de fidejuss. conclus. 8. limit. 4. Menoch. recup. remed. 14. q. 18. Rol à Valle 1. cons. 9. num. 19.* An & quatenus hoc constitutum expiret morte constituentis, vide Tessaur. *d. decis. 215. & decis. 38. & decis. 105.* d) actione mandati si pro jubente constituit, *l. 10. §. 11. mand.* vel negotiorum gestorum, si pro absente vel ignorante, *l. 20. §. 1. eod. Fab. in d. §. 9. n. 9. Sneid. n. 30. & seq. arg. d. l. ult.*

IX.

Cùm autem semper in constituto debitum præsupponatur *a*, certè is qui indebitum sciens constituit, donare videbitur *b*: nam & ei qui ex rebus duabus alternativè debitis unam soluturum se constituit, electio hoc ipso perit *c*.

a) *facit l. 11 pr. hic, l. 2. in pr. circa med. C. eo. l. 18. §. 1. hic, vide & sup. th. 7.* b) *arg. l. 53. de R. I. l. 9. C. de condict. indeb. Bart. Cost. in d. l. 11. Gothofr. in not. ibid. Dyn. in d. §. 9. Inst. de act. per l. 47. de oper. libert.* valebit autem jure donati propter jus novum *in l. 35. C. de donat. Sneid. in d. §. 9. n. 33. Diff. post 10. Fab. ibid. Ias. n. 40. Zas. n. 12.* Quid autem, si constitutum per errorem constituentis ex falsa causa emanasset, an valebit? Minimè, *arg. l. ult. hic. Bald. in rub C eo.* Obiter & hoc noto *in d. l. ult.* epistolam pro cautione sumi, ut & *in l. 1. C. de cont. stip.* vide rationem apud Duar. 1. *disp. anniv. 45. Goth. in not. ad d. l. ult. Diff. Acc. in d. l. 1.* c) *d. l. 25. hic. Vital. 2. var. lect. 23. n. 16.*

X.

Porrò constitui possunt res omnes quæ in stipulationem veniunt *a*, & aliud pro alio *b*, & quibuscunque verbis *c*, & eodem loco, vel alio, cùm arbitrariæ actionis exemplo & constitutum quovis loco idoneo petatur *d*.

a) etsi edictum de pecunia tantùm loquatur, *l. 2. C. hic.* Nam voce pecuniæ significantur non tantùm res mobiles & quantitas, sed & immobiles, & jus & universitas, *l. 4 ubi Alc. & Gœdd n. 7. l. 53 178. 222. de V. S. l. 1. §. fin. de calumn.* & hanc generalem pecuniæ significationem ex origine vocabuli confirmat Gœdd. *d. loc. nu. 9.* Quia autem frequentius in commerciis utimur rebus mobilibus, & inprimis quantitate, inde ex re subjecta restringitur ejus significatio, ut aut pro re omni mobili, aut pro solo nummo accipiatur: vide pulchrè & latè Gœdd. *d. loc. n. 22. & seqq.* b) *l. 1. §. 5. l. 21. 25. hic.* imò & factum tam proprium quàm alienum constitui potest, quatenus illud debito principali accedit, *l. 16. §. 1. & 2. hic.* At factum alienum non aliter, nisi ut in dubio intelligatur constituens promittere, se curaturum ut illud fiat, *gl. & Bart. in d. l. 16. Sich. ad rub. C. n. 2. Zas. in d. §. 9. n. 14. Ias. n. 31. Sneid. n. 43. Mynf. n. 8. adde Fel. in c. ex rescripto, de jurej. n. 14. & facit arg. §. si quis. Inst. de inut. stip.* Idque magis verum est, si juramentum intercessisset, tum enim omninò tenetur ad præstandam operam, ut factum illud fiat, *Abb. & Fel. d. loc. Ang. & Imol. in l. inter 83. de verb. obl. Bart. in l. si quis pro eo. 56. de fidej.* c) *l. 14. §. fin. l. 26. hic.* & hoc si nulla interrogatio præcesserit, vel præcesserit quidem, sed ex intervallo responsum est. *Sich. d. loc. nu 5. Ias. d. loc. n. 24. Sneid. n. 14.* Igitur si interrogem: Constituisnè te soluturum illam pecuniam? & tu mox respondeas: Constituo: stipulatio potius erit quam constitutum, ut tradunt

vulgò

vulgò Dd. Sneid. *d. loc. n. 13. per l. 7. §. 12 de pact.* neque poterit tali casu actio Pr... ex constituto cum civili ex stipulatu cumulari. Diss. Jac. Burr. cujus tamen o... nem eatenus puto veram, si partes constituere voluerint, non stipulari. ... 16 *§. 1. hic, ubi gl. Duar. c. 4. quod certo loco. Cost. l. 1. eo. Diss. Bart. in d. l. 16. & Cujac. 13.* ... *hic* diversum statuit *ex l 33. pr. de don.* sed ibi non de origine omnis constitutæ ... niæ, sed tantùm de origine ejus constituti, quo donatum solvere constituimus ... tur: ut nimirum ne quidem ex constituto accedente donationi adimatur do... beneficium D. Pii, h. e quò minus conveniatur in quantum facere potest, *l. 28.* ... *vide D. n. in l. 6. quod cert. loc.*

XI.

Solvi porrò res ex constituto nulli alii potest quàm ei cui constitutum est, excepto adjecto *a*: qui si adjectus sit obligationi principali, solutio ipsi facta obligationem constitui perimit ipso jure: sin minus, tantùm per exceptionem *b*.

a) *l. 7. §. 1 cum l. seq. hic, confer l 56. §. 2. de V. O. l. 95. §. 5. & 6. de solut.* in quibus dicitur: patre sibi aut filio dari stipulante, filio rectè solvi, sive maneat in potestate, sive non: quia filii persona solutionis tantùm gratia adjecta stipulationi intelligatur: quibus contradicit Africanus *in l. 38. pr. de solut.* quia aspera juris subtilitate putat illi stipulationi inesse tacitè conditionem illam, si in eadem causa adjectus maneat, ideoq; filio emancipato non rectè solvi. *Ant. Fab. 3. conject. 10. Diss Cuj tr. 7. ad Afr. in explicatione d. l. 38 & ad l. 55. & 56. §. 2. de V. O.* putans *in d. l 56* filium solutionis gratia adjectum jam fuisse emancipatum tempore stipulationis: quod sequitur Goth. *ad d. l. 95. § 5.* b) *d. l. 56 de V. O. l. 59. de sol. §. planè. Inst de inut. stip junct. l penult. hic. Duar. c. 4. hic. A. Fab. 5. conject. 3.* ubi eleganter docet rectè vulgò *in d. l. pen.* legi (propria actione) & hac in re elegantem differentiam esse inter stipulationem & constitutum. *Dis. Cuj. 13. obs. 20.* qui legit (priori actione) & putat hic dubitari non de actione constitutoria, sed de principalis obligationis actione ex stipulatu.

XII.

Si moram fecerit reus, ad litis usq; contestationem eam purgare potest *a*: actor verò si per eum semel steterit, postea petendo moram non purgare intelligitur *b*.

a) *l. 16. § 2 & 4. l. 17. ubi Bart. hic. Duar. c. 7. eod.* post litem verò contestatam non aliter moram purgabit, quam si interesse simul & litis expensas offerat: quod tamen secus esse crediderim, si justa ei sit litigandi caosa, *argu. l. 79. de judic. l. 8 si quis caut. jud. sist. caus. fact.* itaq; eo casu videretur oblatio semper posse fieri ad moram purgandam. *Vital. d c. 23. n. 13. Diss. Bart in d. l. 17. & partim Duar. d. c. 7.* quia purgationem usq; ad litis contestationem tantùm concedit ei qui se facturum constituit vide & Ant. Fab. *6. conj. 7 Cuj. 23 obs 23. Don. in l 41 §. 1. n. 47 de V. O.* b) *arg. l. 12. de solut.* sive die constituti, sive antea, sive postea per eum steterit. *Vital d c. 23. n. 15 Diss gl. in d. l. 18. hic.* Si tamen dies ita nominatim fuerit adjecta, ut alia non liceret solvere, tunc illa sola constituti dies actori nocebit, *d l. 18. pr. & arg l. 43. §. 2. de legat. 2.*

XIII.

Tandem hæc actio competit perpetuò etiam in heredes *a*, ad res in constitu-

constitutum deductas consequendas *b*: nec consumit veterem actionem *c*, nec illâ sublatâ protinus expirat *d*, nisi aut solutione *e*, aut satisfactione *f*, aut speciei quæ in utramq; obligationem deducta est interitu citra culpam debitoris contingente *g* sublata illa sit, aut alius pro debitore constituerit *h*.

a) *l.1. & 2. ubi & Sich. C. hic. Old. class. 4. act. 8. n. 8. & 11.* b) vel ad præstandum interesse, *l.14. §.1. l.21. § fin. hic. Wes. par. eod. n. 13.* c) *l.18. § fi. & ibi Cofal. hic, l.28. eod. l.15. de in rem vers. Wes. d. loc.* d) *l.18. §.1. & fin. l. seq. hic. l.4 de his qui dejec. Duar. c.3. hic.* e) *d. § fin. arg. l. bona fides, de R. I.* f) *arg. l.52. de solut.* g) *arg. §. 1. Inst. de inut. stip.* h) hic enim habet excussionis beneficium, nec potest ejus obligatio tanquam accessoria subsistere sine obligatione principali, *arg. l.44. de solut. l. ult. C. hic.*

DISPUTATIO XXIV.

De Commodato, & Actionibus ex aliorum contractu.

Respondente Josepho Amman ab Ammanseck, Styro.

THESIS I.

COmmodatum *a* est contractus *b* quo usus *c* rei *d* gratuitus *e* & certus conceditur *f*, ea lege, ut res in specie eadem restituatur *g*.

a) ita per metonymiam subjecti pro adjuncto, hoc est, rei ipsius pro contractu dictum: sicut & pignus, *arg. l.6. § fin. l.8. 11. de pign. act. Forner. in l.138. § pignus, de V.S.* mutuum & depositum: in quibus omnibus & rem subjectam & contractum inde descendentem eodem nomine appellamus: ex quo ipso evincitur discrimen horum contractuum, utpote re initorum, ab aliis omnibus. b) *l.17. §.3. ibi: geritur &c. hic.* & quidem nominatus, *l.7. §.1. de pact. l.23 de R. I.* re initus, *§.2. Inst. quib. mod. re contr. obl. l.1. §. 2. 3 de obl. & act. bon. fidei. §.28. Instit. de act.* c) itaque hinc mutuum ad usum: & vicissim mutuum dici potest commodatum ad abusum, *Cujac. par. C. hic.* vel eodem sensu, creditum usus: nam qui commodat, non facit rem accipientis, *l.8. 9. hic.* sed permittit tantùm ut re utatur, *l.1. in fin. de precar. l. fin. de præscr. verb.* ideoq; & res aliena commodari potest, & à fure vel prædone initus hic contractus valet, *l.15. 16. hic.* d) cujuscunq; etiam immobilis, *l.1. §.1.* etiam alienæ, *l.15. 16. hic.* etiam incorporalis, *l.17. de præscr. verb. l.3. l.15. §.2. l.8. §.5. de precar.* itaq; hinc altera differentia à mutuo perspicitur, *adde Zas. in l.2. de reb. cred. & in sing. intell. c.1. Duar. 1. disp.14. & confer Rober 3. sent. 6. & 14. Hotom. ill. qu.15.* e) quo differt à locatione, *l.5. §.12 hic. facit d. § 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. l.16. §.6. de furt. vide Exod. 3. ver. 22. & 11. ver. 2. & 12. ver. 35. & seq. Deut. 5. ver. 8. Matth. 5. ver. 42. Luc. 6. ver. 34.* f) *l.17. §.3. l.5. §.8. hic, l.2. C. eo.* quomodo differat à precario *vide th.5.* g) *Cujac. par. hic, Vult. 1. Jurispr. 32.* & quidem non deterior, *l.3. §.1. hic.* ubi particulâ NON leviter transpositâ ita eleganter legit Hot. 5. *obs.* 24. propriè enim dicitur res reddita, quæ non deterior redditur: confer tamen *l.10. pr. & l. ult. hic.* ex quibus exceptio colligitur, nisi non culpa commodatarii, sed commodantis res fiat deterior. Dicitur autem commoda-

modatum, quia commodo accipientis datur: unde commodatus, *in l.11.In fi.hic.* cui usus rei commodo est. *Hot.in com. hic.arg.l.1.§.1.hic. Diff. Wes.par.hic.* quasi cum modo utendi datum. Præterea quia res eadem ipsa reddenda est, ideò res illæ quarum usus non est propriè nisi in consumtione, in commodatum non veniunt, nisi ad ostentationem vel dicis gratia concedantur, *l.3.§.fin.l.4.hic.* Sed quid est dicis gratia? idem quod perfunctoriè, neglectè, *ut in l.1.§.excusantur, ad SC. Syllan.Coras.4.misc.8.Duar. in l.7.§.dolo, de pact.Conan.7.com.3.n.2.* vel verbi gratia, ut se dicere possint numerasse, *ut in l.4.hic.Iac.Curt.1.conject.35.Ant.Aug.2.emend.2.Cuj.10.obs.37.& 5.obs.33.* vel ut satisfiat legis solennitatibus, *Turneb.11.adversar.20.& 18.advers.16.& 20.adv.16.ex Cic. ad Att.& Corn. Nep. in vita Attici. vide & Duar.1. disp.47.& Goth.in not.ad l.4.hic.Cov. 4.var.res.8.Diff.Acc.& vulgò Dd.* qui *in d.l.4.* pro (dicis gratia) legunt (ditis gratia) h. e. ut dives videatur, *Haloan.hic.Sneid.in d.§.2.n.11.Hostiens.in summ.extra hic.* vel manifesta & publica demonstratione, *Forcat.necyom.dial.7.num.3. quem refutat Cov.d.loc. Diff.aliter Alc.4.disjunct.15.* qui legit (dantis gratia) quem refellit Coras.*d.loc.*

II.

Hinc oriuntur actiones commodati *a*. Directa datur commodanti *b* adversus commodatarium *c* ejusq; heredem *d*, ut usu finito aut tempore præscripto elapso res integra *e* reddatur; aut re deteriorata id quod interest *f*, re peremta æstimatio præstetur *g*: & concurrit cum hac actione ob rem deterioratam actio L. Aquiliæ *h*, ob rem non restitutam etiam rei vindicatio *i*.

a) directa & contraria, utraque civilis, personalis & rei persecutoria, *l.17. §.3.hic.§.1.Institut.de act.* b) cuicunq; *l.15.16.hic, arg.l.13.pr.si cert.pet.l.64.de jud.* c) passim h. tit. etiam adversus plures qui simul in solidum acceperunt, *l.5.§. ult.hic.* ita tamen, ut unius solutione reliqui liberentur, *ut in l.15. de tut.rat.distr.l.22. depos.l.13.C.locat.* nec obstat *l.21.§.1.* ubi actio commodati datur contra duos pro cujusq; parte: quia ibi commodans non singulorum fidem secutus erat, sed amborum simul. vide pulchrè Hot. *ill.q.19.* qui tamen perperam *in d.§.fin.vers.verùm.* legit (pro parte quadam evectus me usum habere:) ubi vulgò rectè legitur: (pro parte quidem effectu me usum habere:) quod ratio subjecta confirmat: quia non omnia vehiculi loca teneam. Inde, inquam, sequitur: ideò effectu habeo usum pro parte: & tamen in solidum teneor, quia commodator plurium fidem in solidum est secutus, *arg.l.9. de duob.reis.* Quid? quòd evectus pro vectura in jure nusquam legitur, quod sciam. d) pro parte qua heres, nisi ex facto ipsius agatur, quo casu & ipse tenetur in solidum, *l.3.§.3.l.17.§.2.* Datur hæc actio etiam adversus patrem vel dominum commodatarii peculiotenus, *l.3.§.4.& 5.hic.* etiam adversus pupillum locupletiorem utiliter, hoc est, per interpretationem extensivam post rescriptum D. Pii, *d. l.3.pr.l.10.de instit.act.* & tandem adversus eum qui commodato aliter utitur quàm convenit, *l.15.§.8.* qui & furti tenetur secundùm distinctionem, *l.76.de fur.l.16.de condict.furt.l.34.§.1.de obl.& act.* e) si eam salvam in potestate habeat, *l.17.§.ult. l.18.§.ult.hic.* f) & si reus pretium deteriorationis solvere paratus sit, commodans rem suam recipere tenetur, *arg.l.3.§.1.hic.Ias.in l.2.§.mutui datio, n.8.si cer.pet. Sneid.in d.§.2.n.19.Ang.in l.7.§.3.de dol.* g) nec invito commodanti rem similem obtrudere potest, *l. 17. §.fin. hic.* æstimatio autem permittitur judicis arbitrio, qui ut

qui ut in cæteris bonæ fidei judiciis, tempus rei judicatæ spectat, sed in strictis litis contestatæ, *l.3.§.2. ubi Bart. Bald. Sal. Cast. hic*, *l.22. si cert. pet. l. fi. de condict. tritic. Hott. ill. q.16. vide sup. disp.20. Diss. Don. ad l.3. de cond. tritic. nu.16.* qui *in d.l.3 §.2. hic.* (pro & observatur) legit (ut observetur.) Generatim verò hinc intelligitur cur hæc actio appelletur condictio, cùm tamen rei dominium maneat penes commodantem: quia nimirum intenditur dari fieri oportere, *Hotom. in com. hic.* Jure Saxon. dominium rei commodatæ in commodatarium transferri, adeoq; re commodata vendita ad interesse tantùm contra commodatarium agi posse, tradit *Fachs. diff.* 1. sed usus id ut iniquum non servat. h) sed actione l. Aquiliæ prius intentata tollitur commodati, non contra, *l.7.14.18.§.1. hic*, *l.34. §. ult. de obl. & act.* quo in loco aut ad verbum (remanere) addenda est negatio, aut etiam ex fine d.l. tollenda. (quod posterius magis probo) Cujac. *3. obs.25. & 17. obs.12. Hot. ill. qu.27. in fi.* Georg. Obrecht. *in disp. de concursu actionum, th.116. & seqq. Diss. Rober. 1. animad.29.* i) *l.9. in fin. de R.V. Duar. c.1. hic.* Ex qua rectè probatur commodatarium possidere sc. naturaliter: adeoq; duos ejusdem rei possessores esse posse, alterum naturaliter, alterum civiliter, *l.4.§.1. l.15.§. eum qui, de precar. Diss. Cuj. 9. obs.32. Delr. ad l.23. de R.I. c.6.* qua de re inf. suo loco latius. An verò qui utendum accepit etiam de damno ab alio dato teneatur: inter juris veteris autores controversum fuit. Negat Julian. indistinctè *in l.19. hic.* cujus sententiam rectè improbant Marcel. & Ulp. *in l.41. locat. Hot. 4. obs.12.*

III.

Venit in hanc actionem dolus *a* & omnis culpa *b*: nisi aut utriusque gratia *c*, aut solius commodantis *d* initus sit contractus: non casus fortuitus, nisi ex culpa *e*, mora *f*, pacto *g*, aut si res æstimata data fuerit *h*.

a) qui facit ut & in litem adversus commodatarium juretur, *l.3.§.2. hic. l.5. de in lit. jur.* b) quia regulariter accipientis culpa contrahitur, *l.23. de R.I. l.5. §.2.9. & 14. l.18. pr. hic*, *l.1.§. is verò qui. de V.O. §.2. vers. atqui. Instit. quib. mod. re contr. obl. Delrio ad d.l.23. c.8. per tot.* adde de gradibus culpæ & diligentiæ eleganter differentes Petr. Greg. 21. *syntagm.* 11. *Gr. Lopez. 1. anim.17. Diss. variè Acc. & Dd. in l. quod Nerva. depos. Loriot. de reg. jur. axiom.138. & seq.* ubi latam ac latiorem culpam separat. *Zas. 1. sing. resp.2. num.13.* qui latam culpam interdum dolo proximam esse dicit, interdum non. c) *l.18. in fin. princ. hic.* d) *l.5.§.10. l.10.§.1. l.11.12. hic. Delrio d.c.8. Dec. ibid. n.6. & seqq.* e) *d.§.2. d. l.5.§.4. hic, arg. l.82. de V.O.* f) *arg. l.5. si cert. pet.* g) *l.1. C. hic. d.l.23. de R.I.* h) ita ut speciatim de æstimatione reddenda convenerit: tum enim æstimatio emtioni similis est, *l.5.§.3. hic.* ubi periculum non tantùm ex culpa, sed & ex casu fortuito proveniens accipio, *per l.1.§. fi. ubi Castr. de æst. act. Cost. in d.l.5.§.3. Connan. 7. comm.3. nu.7. Diss. Bart. in d.l.5.§.3. Io. And. c.1. eod. Goth. in not. ad d.§.3. ibid. Acc.*

IV.

Contraria commodati actio datur commodatario adversus commodantem *a*, si vel uti re commodata sit prohibitus *b*, vel damnum ex vitiosa re scienter commodata sensit *c*, vel sumtus majores in rem commodatam necessariò fecerit *d*. Quod verò contrario judicio quis consequi potest, id etiam recto judicio, tantùm retentionis, non etiam compensationis *e* jure salvum habebit.

a) *l.17.§.1. & 3. in fin. & passim h.t.* b) *d.l.17.§.3.* c) *l.18.§.pen.* doli tantùm non & latæ culpæ nomine. *Connan.d.c.3.n.6. Diss. Bart. in l.17.§.2.* d) *d.l.18. ubi Bart.* Sed duo hîc quæruntur: I. cur hæc contraria actio appellatur, quæ commodanti datur directa? Quia commodatum plerunq; accipientis causa contrahitur: ideò actio contra eum competens principalis appellatur, *l.17.§.1.hic.* contraria autem dicitur, quæ quasi ex cõtrario sive opposito conceditur, *d.l.17. & l.pen.hic.* nec tamen opus est rubricam: commodati vel contra: & alias eodem modo conceptas emendari, ut pro (contra) legamus (contraria) quod vult Hot. *in com.hic.* Actiones quidem non dicuntur contra: sed dicitur agi commodati, sc. principaliter, & agi contra, sc. eum qui commodati principaliter egit, *vide & Mozz. de commod. col.6. nu.2. & seqq.* II. Si res commodata in potestatem commodantis redierit, & commodatarius, qui jam solvit ejus æstimationem, agat actione contraria, cujus erit electio? Commodatarii, *arg. l.17.§. fin. hic. ubi Goth.* etsi agatur condictione sine causa, vel vindicatione, *Fulg. in l.2. de cond. sine caus. arg. l.108.§.2. de leg.2.* nam æstimatio litis, quam præstitit commodatarius, res ei vendita videtur, *l.3. pro emt. l.66. de R.V. Diss. Bar. in d.l.17.§.ult.* e) *Salic. Castr. Ang. Cost. & vulgò Dd. in l.18 §.fi. hic. Forner. 2. select.4. vide disp. seq. th.8.* facit quòd quantitatis tantùm hinc inde debitæ sit compensatio. *Diss. Duar. c.6. hic. Cuj.9. obs.37.*

V.

Commodato simile *a* est *precarium b*, quoad genus *c*, personas *d*, res subjectas *e*, obligationem ad restituendum *f*. Differt autem à commodato quoad formam *g*, finem *h*, actionem *i*, præstationem *k*.

a) *l.1. § fin. hic. Gothof. in not. ad l.15.§.1. eod. Everh. in Topic. legal. loc. à com. ad precar.* b) non ecclesiasticum illud, quod ad locationem refertur verius, *de quo Nov.7. & 120 Panorm. Ant. Butr. ad tit. de precar. Cuj.4. obs.7.* sed quod precibus petenti conceditur, quamdiu is qui concedit patitur, *l.1.pr. l.2. in fin. hic. c.3. eod.* c) utrumq; contractus appellatur, *l.23. de R. I.* intelligo autem ita, ut precarium accedat ad contractum innominatum DO UT FACIAS, hoc est, rem cum mihi libuerit restituas: *Hotom. in comm. hic.* d) utrumq; inter easdem personas, imò & inter absentes contrahitur, *l 9. hic.* e) *l.1 § 1. comm. l.4. hic.* unde tamen precarium ad res immobiles, commodatum ad mobiles magis pertinere putat Hoto. *in com. ad tit. commod.* f) *l.1. l.6.§. ult. commod. l.2. C. hic.* & interdictum restitutorium est, *l.2 eod.* adde quòd utrumq; finitur morte ejus cui concessum est, *l.12. hic. l.11. de præscription.* g) commodatum juris civilis regulis informatur, *l. 7. de pact.* precarium in terminis juris gentium subsistit, *l.1.§.2. hic.* h) precarii usus indefinitus est, & ad nutum concedentis restituendus, *arg. l.1. 2. hic.* etiam statim & intempestivè, *Cuj. par. C. hic. Dec. in d.l.23. de R. I. n.11. & in l.14. n.4. Bald. in l.2. C. commod. Diss. Panor in c.fi. de precar. Covar.3. var. res.15. n.6.* qui non nisi cum intervallo fieri hoc posse putant. i) ex precario ne quidem præscriptis verbis actio datur, si rem ad vivum resecemus, quia donatio potius quàm civile negotium intercessit, *l.14. hic. l.14.§.15. de furt.* sed ex æquo & bono accommodatur precarium danti illa actio, *l.2.19.§.1. hic.* propter æquitatem naturalem, *l.65.§.3. de cond. indeb. l.6. de cond. ob turp.* nec obstat Paul. 5. *sent.6.* ûtitur enim particula comparativa (sicut.) Itaque fit hoc ex æquitate magis & tacito negotio quàm expresso, *Cuj.4. obs.7 adde eund.23. obs.21. Delr. ad l.23. de R. I. c.6.* Aliâs si ex jure quod in re habet precarium dans agere velit, habet

habet tum rei vindicationem, *l. 9. 24. de R. V.* tum interdictum, *l. 2. 14. & tot. tit. hic.*
k) in precario tantùm præstatur dolus & lata culpa: quia liberalitas hoc postulat, ne ab eo in quem exercetur, tanquam alienæ rei custodia exigatur, *l. 8. § 3. hic, vide Bar. in l. 31. depos. Dec. in d. l. 23. de R. I. nu. 11. & seq.* Adde quòd pupillus commodatum accipiens sine tutore autore regulariter non tenetur: interdicto de precario indistinctè tenetur: quod ex varietate formularum dependet. *Cuj. 23. obs. 22.* De precarii revocatione vide plenè Covar. 3. *var. res. 15.* Sed nunc ad actiones ex contractu aliorum descendentes transeamus.

VI.

Exercitoria a est actio personalis *b* prætoria *c*, quæ datur ei qui cum magistro *d* vel promagistro *e* navis, de rebus ad ipsius curam & magisterium pertinentibus *f* contraxit adversus exercitorem *g*, ut quod magistrum illo nomine dare facere oporteret, si cum eo civiliter ageretur *h*, tanti damnetur *i*.

a) ob navigantium utilitatem introducta, *l. 1. hic. Wesenb. par. eod.* dicta ab exercitore, *l. 1. § 15. hic.* ubi quid sit aversione conducere vide Cuj. 8 *obs. 9. A. August. 3. emend 6.* b) quia qui per ministerium alterius contrahit, ipsemet contrahere jure civili intelligitur, *l. 41. §. 1. de R. V. l. 14. de adq. poss. arg. l. 189. de R. I.* c) *l. 1. §. 23 hic. Paul. 2. sent. 6.* unde honoraria appellatur, *d. l. 1. §. pen.* Quia contrahentes eorum qui præposuerunt fidem potius sequi intelliguntur: & quia æquum est, ut ex cujus operis ad aliquem commodum redit, ejus ipse factum præstet: ideò præter civiles actiones hanc quoq; Prætor instituit. *Hot. in comm. hic.* d) *l. 1. §. 1. hic. Wes. n. 3.* e) *d. l. 1. §. 5.* f) *d. l. 1. §. 7 l. 7. hic.* Quod ad nautas extendi non debet, ex quorū delictis tantùm in navi commissis exercitor dupli in factum actione tenetur, *l fin. naut. caup. stab. Azo in summ. C. hic. nu. 2. Afflict. decis. Neap. 82. nu. 3. 9 & seq.* g) *l. 5. §. 1. hic.* & forma præpositionis diligenter observanda est, nisi captiosa sit, *l. 11. §. 5 de inst. act.* h) quod fieri potest: si enim liber ac sui juris esset, actione civili tenebatur, *l. 8. C. mand. l. 67. de procur. l. 1. §. 10. depos.* si servus vel filiusfam esset magister, directò poterat agi cum patre vel domino ejus, *l. 29. de reb. cred. §. ult. Instit. quod cum eo. ubi Wes. Myns. &c. facit l. 4. de minor. l. 19. §. pen. de jud. l. 7. § 11. ad SC. Maced.* i) ita differunt hæ actiones ab iis quæ nascuntur ex negotiis de re peculiari contractis, quod ex his in solidum, ex illis quatenus in peculio est, fit condemnatio, *l. 1. 2. C. de inst. act. §. 2. & 3. Inst. quod cum eo. Hot. in comm. hic.* Nota tamen, quòd si pecunia mutuo data sit in causam quæ ex præpositione per cōsequens pendebat, non aliter in solidum exercitorem obligari, quàm si creditor probet, se illam idoneo loco, & non ultra necessitatem petenti magistro credidisse, *l. fi. ubi Bart. & pleriq; Dd. Cuj. 8 ad Afr. Sich. ad rubr. C. eod. n. 12.* in ea tamen pecunia quæ minorenni, Ecclesiæ, vel civitati data est, verius dicitur, etiam probari oportere, in rem versum esse, *per auth. hoc jus porrectum, C. de SS. Eccles. Bart. & Cost. in l. 27. si cert. pet. Cujac. d. loc. Diss. Cyn. in d. auth. Duar. c. 2 hic, & alii. vide sup. disp. 20. th. 5.*

VII.

Institoria actio *a* est quæ datur ei qui cum institore de rebus ad ipsius negotiationem pertinentibus *b* contraxit, adversus dominum vel patrem

c qui præposuit, ut quod institorem illo nomine dare facere oporteret, si cum eo civiliter *d* ageretur, tanti damnetur *e*.

a) ita ab institore negotiationi terrestri præposito dicta: unde nota differentiam à priore, quæ à præponente nomen accepit, §. 2. *vers. ideò autem, & ibi gloss. Inst. quod cum eo.* aliàs pleraq; antè dicta hîc quoque locum habent, *Castr. rubr. C. hic. Sich. ibid. num. 7. Bald. in l. 1. C. eod. Ias. in §. actiones, nu. 51. Inst. de act.* idq; ex definitionis collatione satis patet, quæ est Hot. *in comm. hic.* b) *l. 5. §. 12. l. 11. §. 5. hic, l. 2. 3. C. eod.* nec refert locus præpositioni sit adjectus, vel non, *d. l. 5. §. 9.* sed tamen si ad certam rem quis deputetur, quia is propriè institor non est, utilis dabitur actio, *l. 19. in fin. l. 19. pr. hic, l. 5. C. eod. l. 20. §. 5. mand.* c) itaq; licet filiusf. pecunia mutuo accepta Macedoniani exceptione juvetur, pater tamen hac actione in solidum tenetur, *l. 7. §. 11. ad Maced.* d) est enim & hæc actio accessoria, §. *ult. Instit. hic.* e) erúntne igitur hæ actiones certi vel incerti conditiones? Id definiendum est ex negotio quod geritur. *l. 29. si cert. pet. l. 5. §. 12. & seq. hic.* sunt enim harum actionum nomina appellativa: Hot. *ad princ. tit. Instit. de nox. act.* Datur hæc actio etiam in heredem, licet pupillum, licet furiosum, propter utilitatem promiscui usus: neq; imputatur contrahenti, quod sciverit dominum decessisse, *l. 17. §. 2. & 3 hic. Diff. Ant. Fab. 2. conject. 11.* qui *in d. l. 17. §. 3.* pro (sciens) emendat (nesciens.(Sed anné institores, quos hodie factores semibarbarè nominamus, ex contractu tempore præpositionis celebrato, post finitum illud officium rectè convenientur? Affirmant aliqui *argum. d. l. 7. §. 11. ad SC. Maced. l. 67. de proc. l. 49. mand. l. 11. §. 6. de pign. act. Castr. in l. 1. §. 15. num. 4. de exercit. act. Ias. in l. 29. num. 2. si cert. pet. Cost. in l. 61. de proc.* quorum sententia tum vera est, si suo etiam nomine sese obligarint institores, *l. ult. hic, d. l. 67. de procur.* Aliâs verior est negantium sententia, *Bart. in d. l. ult. Duaren. cap. 4. hic. Muda. ad §. 9. Instit. de act.*

VIII.

Tributoria a actio est, quæ creditoribus servi in merce *b* peculiari sciente domino *c* negociantis conceditur adversus ipsius dominum, qui in illius merce pro rata cujusque debiti distribuenda dolo malo versatus est *d*, ut quantò minus *e* tributum sit quàm debuerit præstet.

a) nunc ad negocia in exercenda merce peculiari contracta fit transitus, in qua nempe servi voluntate dominorum ita negotiantur, ut quæstus ad ipsos servos redeat: ita nominatur hæc actio à distributione quæ petitur, *Wes. par. hic, nu. 1. Hoto. in comm. ibi. §. 3. Inst. quod cum eo.* Quia verò peculiarium negotiationum nomine nulla jure civili prodita est actio, ideò omnes de peculio actiones Prætoriæ nominantur, §. 8. *Instit. de act.* b) cujus mercis, aut ejus quod inde paratum est, *l. distributio debet fieri, l. 5. §. 4. & 11. hic, l. 16. §. penult. de inst. act. §. 3. quod cum eo.* c) *l. 1. §. 3. hic.* & hinc æquitas hujus edicti dependet, quia si ignorante vel prohibente domino servus contraxit, licet dominus liberam peculii administrationem ei concesserit, actio de peculio domino competit, qua dominus sibi debitum in totum deducit, *l. 1. de pecul.* Hoc itaque privilegium domino adimitur, si eo sciente servus contraxit, *l. 5. §. 6. l. 1. hic.* ut hoc casu in tributū instar extranei vocetur, *l. 1. hic.* d) cujus doli correctoria est hæc actio. *Cuj. hic, l. 3. §. ult. cum ll. seqq. hic.* e) *l. 7. §. 1. hic.* quo ipso differt ab exercitoria, qua dominus tenetur in solidum: in illa etiam volu-

voluntas requiritur: hîc scientia sufficit, *l.1. §. 20. l.6. de exerc.* differt & ab institoria subjecto & aliis modis.

IX.

Actio *quod cum eo* a *&c.* est, quæ causa cognita *b* datur iis qui cum filiof. contraxerunt, adversus ipsum vel emancipatum *c*, vel exheredatum, vel abstinentem ab hereditate *d*, ut in id tantùm quod facere *e* potest damnetur.

a) rubrica hæc generalis est, *arg. l.1. de pecul.* & complectitur actiones institutas in favorem creditorum, *l.1. hic.* qualis & hæc est, quatenus aliâs jure civili competere non posset: quia emancipatio est capitis minutio (etiam hodie, *vide suprà disp.12. th.16. in fin. & inf. p.2. disp.17. th.3. lit. A.*) per quam obligatio solvitur: restituitur quidem utilis ex edicto: de capite minutis: in solidum, sed causa cognita æquum videtur in id tantùm conveniri quod facere potest. *Cujac. parat. hic.* Itaque eatenus in favorem debitoris tendit. *Hotom. in comment. hic. Diss. vulgò Dd. propter l.1. hic.* quam credit Hot. *d. loc.* alienam ab hoc tit. esse. b) *l.2 pr. circa fin. hic.* aliâs enim in solidum tenerentur, *l.8. C. hic.* c) qui peculium amittebat, *l.3. quand. act. pec.* & modicum illi à patre dabatur, *l.31. §.2. de donat. l.17. de collat. l. ult. C. de emanc. lib. Cuj. Hot. dd. locis.* d) *d. l.2. hic, l.49. de re jud. l.28. C. hic.* quod idem est si pater naturalis vel adoptivus mortuus sit, *d. l.2. §.1.* ubi vel Triboniani additio est, vel filius in adoptionem datus possessionem: Unde cognati: neglexit. *Hotom. hic. Diss. Cujac. par. ibid.* qui pro (pater naturalis) legit (adoptivus.) e) quod personam ipsius non egreditur, *l.25. de re judic. Wes. hic, num. ult.* & prodest hoc ei ad evitandam carceris pœnam, vel bonorum cessionem. *Hot. Wes. dd. locis, per l. pen. C. qui bon. ced. Bald. Salic. in l.1. eod. Nov.135.*

X.

Peculium a est quasi pusillum patrimonium *b*, quod patres suis liberis *c*, aut domini suis servis *d* separatim *e* à suis rationibus habere permittunt *f*, deducto eo, quod ipsis debetur *g*: estq; paganum vel castrense: & hoc verum vel quasi *h*. De pagano *i* est actio de peculio, quæ datur ei qui cum filiof. vel servo ignorante patre vel domino contraxit *k*, adversus patrem vel dominum, quatenus in peculio est *l*.

a) pusillum pecus, cujus in suis pascuis pascendi potestatem domini servis permittebant, *Varro 1. de re rust.* b) *Cujac. hic.* naturale vocat: est autem juris nomen, *l.32. hic.* ideò nec vindicatur, *l.56. de R. V.* nec partes recipere censetur, *l.4. §. ult. hic.* instar hominis integraliter considerati est, *l.40. hic.* c) etiam arrogatis, *l.42. hic, l.7. de pecul. leg.* d) etiam publicis, *l.19. de compens.* in qua l. pro, peculii finiti: cum Duar. 1. *disp.12. & Haloand.* legimus, peculii fini. e) in quo est forma peculii, *l.4. princ. & §.1. hic, l.37. §.1. de adqu. dom.* Paratur peculium parsimonia, *l.39.* liberalitate domini, *l.4. & 40.* vel alterius, *d. l.39.* negotiatione, *l.7.* non maleficio, *l.24. de adq. poss.* f) *l.7. 49. hic.* & tantùm usus conceditur, *l.16. hic.* ideò nequidem possidet servus vel filiusf. peculium, *l.93. de R. J.* ex quo ratio ducenda est *ad l.29. de cont. emt. l. fin. §.1. de publ. & vect. l.4. §. ult. de dol. exc. l.56. §.2. de furt. l.1. §.1. qua res pign. obl.* g) *l.4. pr. l.9. §.4.* & præfertur dominus omnibus aliis creditoribus

toribus etiam privilegiatis, *l.52.hic,l.22.§.si sol.matr.* Deducitur & id, quod servus sit qui in ejusdem potestate sunt, debet, *d.l 9.§.2.hic,l.6.de pec.leg l.53.sol.matr.* Debere servos, vel deberi servis abusivè dicitur, *l.22.de R.I.l.41.hic.* h) paganum privato: castrense verum militi: quasi castrense forensem militiam obeunti conceditur, *l.ult.C.de inoff.test.l.4.C.fam.ercisc.* i) quia in castrensi filiusf. sui juris habetur, *l.18.de castr.pec.l.2.ad SC. Maced. l. 7. in fin. de donat.* k) quod latè accipiendum est, ut & quasi contractus comprehendat, *l.7. de tut. l.14. de neg.gest.* ex delicto autem noxalis actio est, de qua *sup.disp.18.* l) *§ sunt praeterea. Instit. de act.* spectatur autem quantum fuerit rei judicatæ tempore, *l.35.de fidejuss.l.32.§.1.hic.* sunt tamen casus, quibus quia servus nec naturaliter obligatur, ideò in iis nec actio de peculio in dominum dabitur, quos vide apud Cujac.8 *obs.*11.

XI.

Extincto peculio *a* actio hæc fit *annalis b*, ideoq; post annum exceptio patri vel domino datur *c*. Cùm verò is cui exercitoria, institoria, tributoria competit, etiam de peculio & in rem verso possit agere, quæritur an in una succumbenti liceat succurrere ad alteram? Quod negamus: nisi justo errore ductus minus rectam elegerit *e*. Generatim autem hic sciendum, abolita moribus Christianorum servitute *f*, actionem hanc hodie tantùm in filiisfam. & quidem profectitii potissimùm peculii respectu frequentari *g*.

a) quod quibus modis fiat, exactè colligit Cuj *parat.hic.Hotom.in comment. ad tit. de pecul.* b) ne remanente apud patrem vel dominum peculio extincto, is qui cum servo vel filiof bona fide contraxisset, suum contra naturalem æquitatem amitteret, *l 11 de pecul.l.ult. de condict. ob turp.caus.* Actio igitur quæ summo jure extincta erat, ad annum usque producitur: unde peculium adhuc esse fingitur, *l.ult.hic.* & actio hæc de quodam peculio appellatur, *l. 7. C. quod cum eo* annum verò intellige utilem, *l.1.§.2.hic.* c) quæ ideò annua dicitur, *d. l. 1.§. ult.* Quia autem totum hoc ex æquo & bono dependet, ideò si apud emancipatum & manumissum res sit, actio annalis adversus eos in solidum datur. *l.21.depos.* d) *§ ceterum.5.Inst.quod cum eo.* e) *arg.l.22.de exc.rei jud.l.9.§.1. & ibi post Dd. Cost. de trib. act. Mynſ. & pleriq; ad d. §. 5.* f) quæ Justiniani tempore jam plurimum imminuta fuit, (ut mirandum sit, cur has actiones tam exquisitè exposuerit Tribonianus *sub tit. Instit. quod cum eo.* qui alia magis usu frequentata vix leviter attigit: ut, contractus qui re ineuntur, &c.) *§.2.Instit. qui sui vel al. jur. l. un. C. de emend. serv.* circa Caroli M. tempora planè abolita est, *Bodin.1. de Rep.c.5.* g) quod & ad monachos vulgò extenditur, *Ias.in §.actiones.8.Inst.de act.num.20.& seqq. Zas.num.22. Sich.rubr.C.quod cum eo.nu.4 Old.class.4.act.7.* & ad adventitium peculium, quatenus in hoc ususfructus patris est, *Don. in §.actiones autem 10. Inst. de act. Diss.videntur ibid. Mynſ.n.24.Sneid.n.14.*

XII.

Actio *de in rem verso a* conceditur ei qui cum filio vel servo contraxit, adversus patrem dominúmve, cujus negotium principaliter *b* filius vel servus, non tamen ejus voluntate *c* gessit, ut quatenus *d* in rem ipsius ver-

sum

sum esse *e* apparebit, vel de peculio *f*, vel si peculium non est, aut non sufficit, de suo *g* præstare cogatur.

a) quæ ideò sequitur actionem de peculio, quia plerunq; est ejus quædam adjectio, § *præterea, Inst. quod cum eo, l. 19. hic. Cuj. par. ibid. Vult. 2. jurispr. 14. nu. 25. pulchrè Hot. in comm. hic.* b) *l. 7. §. pen. & ult. hic.* c) *l. 5. §. 2. hic, l. 10. §. ult. de fidejuss. l. 3. C. quod cum eo.* d) si pars versa est, de parte erit actio: si totum, de toto, *l. 5. l. 10. §. 4. & 7. hic.* Quid si in rem unius tantùm ex sociis versum est, an alter tenebitur? Non: nisi fortè peculium ab altero ademtum fuerit, *l. 13. & seq. hic.* nec *in d. l. 13.* quæritur, an socius possit pro peculio socii de peculio conveniri: vide eleganter A. Fab. *1. conject. 9. Diff. Acc. ibid.* e) in rem versum quatenus intelligatur, *confer l. 2. quod cum eo, l. 3. §. 1. & seqq. l. 5. §. 5. l. 6. 7. & ult. hic, l. 7. ad Maced.* f) quo casu est actionis de peculio adjectio, *l. 6. in fin. hic.* & sic una est actio de peculio, & in rem verso, sed duas habet condemnationes, *§. 4. Inst. quod cum eo.* g) eoq; casu propria ac per se constans actio est, *ut in casu d. l. 14. Hot. in comm. hic.*

XIII.

Actio *quod jussu* datur ei qui cum filio vel servo contraxit, adversus patrem dominúmve, cujus jussu *a* contractum est, ut vel de peculio, vel si peculium non est, aut non sufficit, de suo solidum *b* præstare cogatur.

a) hoc est, simplici voluntatis declaratione, *l. 1. §. 1. & 2. hic.* Differt autem jussus à mandato, quòd in hoc libera voluntas, in illo servilis necessitas inest, *l. 19. §. 2. de neg. gest.* unde qui jussu patris cùm minor esset, negotium gessit, restituitur: non restituitur, qui mandatu, *l. 4. 23. 27. de minor. Diff. 10. gloss. in d. l. 1. §. 1.* b) quia quodammodò contrahitur cum eo, qui jubet, *l. 1. pr. hic, arg. l. 152. §. 1. l. 169. de R. I.* intellige tamen solidum, quatenus jussit, *l. 3. hic, de qua Vital. 2. var. lect. 24.*

XIV.

Coronidis loco sit: valere statutum, ut parentes ex delictis liberorum obligentur in solidum ad pœnam pecuniariam, non corporalem.

arg. l. 22. C. de pœn. l. 5. eod. l. 13. ad l. Aquil. gl. in rub. C. de decret. decur. Clar. 5. rec. sent. §. fi. q. 86. n. 5. Covar. 2. var. res. 8. n. 7. per rationes & autoritates quas ibi prolixè allegat.

DISPUTATIO XXV.

De Senatusconsulto Vellejano, de compensationibus, & reconventionibus.

Respondente Georgio Corsswant Gryphiswaldensi Pomerano.

Thesis I.

Senatusconsulto *a* Vellejano *b* plenissimè comprehensum est, ne pro ullo fœminæ intercederent *c*. Est autem intercedere alienā obligationem

veterem aut novam recipere *d*. Veterem obligationem recipiunt fœminæ aut participando, aut eam in se transferendo *e*. Illud, si fidejubeant, constituant pro alio *f*, & similiter *g*: hoc si expromittant pro alio, aut alienum debitorem in judicio defendant *h*. Novam, si pro alio mutuum accipiant *i*.

a) SCta, quæ vim legis obtinent, §.5. *Inst. de jur. nat. gent. & civ.* duobus modis fieri solebant, aut per discessionem, cùm Senatores non consentiebant: (unde pedibus ire in alicujus sententiam dicimus) aut per singulorum sententias ordine exquisitas, *Fest. lib. 15. Agell. lib. 14. ex Varrone, idem lib. 4. c. 10. Cic. Phil. 5. Hot. in lib. de Senatu & SCtis c. 6.* Senatus de re proposita dicebatur censere: unde rectè *in l. 2. §. 1. hic.* ubi vulgò legitur (de ea re ita consuluerunt) *Hot. 1. obs. 14. in fi.* emendat: (censuerunt) quod & Briss. *lib. 2. form. pop. Rom.* sequitur. b) ita appellatum à Cos. Vellejo Tutore, qui cum collega suo M. Sillano hac de re ad Senatum verba fecit (hoc est retulit) ut apud Frontin. 2. *de aquaduct. Cic. 8. epist. fam. & Philip. 8.* sive mentionem fecit, ut apud Cic. 1. *epist. ad Attic. 14. & Verrin. 4. Liv. lib. 30. Briss. d. lib. 2. pag.* (*mihi*) 185. *ubi omninò vide.* c) *l. 1. 2. §. 1. l. 4. hic, l. 14. C. eod. Connan. 6. comm. c. ult. n. 1.* Ratio est *in d. l. 1. §. 1*: quia in intercessionis officio non nudum alicujus ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris: & quia civilia officia jure moribus recepto adempta sunt fœminis, *l. 9. de stat. hom. l. 2. de R. I. ubi Cagnol. num. 6. P. Fab. ibid. Duar. hic, c. 1. Wes. par. ibid. nu. 2. adde l. un. C. de mul. in quo loc.* d) alienam dico: nam quæ suum negotium gerit, illa obligationem non recipit, sed facit, *l. 8. §. 1. hic.* & omnibus ferè ex causis æquè ut vir obligatur, *l. 6. 13. 25. 27. in fin. hic, l. 2. 4. C. eod. l. 1. §. ult. de pign.* utriusq; autem, nempe & veteris & novæ exemplum est in verbis SCti, *d. l. 2. §. 1.* nam fidejussio est obligatio aliena, mutui datio nova. Rectè enim *in d. l. 2. §. 1.* legitur, mutui dationes, hoc est, cùm mulier alii datura mutuo accepit, *Cujac. tr. 4. ad Afr. ad l. 17. & 19. hic. Diss. Hot. 1. obs. 14. in fin. & 4. obs. 15. & in comm. hic.* qui contendit legendum esse: mutationes. e) *l. 4. C. hic. Cuj. d. loc. Bocer. hic, th. 2.* f) *d. l. 2. hic, l. 1. de const. pec.* tunc enim prior obligatio non novatur, *l. 1. §. 8. de obl. & act.* g) ut si mandet alii pecuniam dari, *l. 6. 7. 19. pr. hic.* si res suas, *d. l. 8. pr. l. 12. C. eod.* aut sibi obligatas, *l. 17. §. 1.* pro alio obliget, *l. ult. §. 2. hic.* h) *l. 1. 4. 16. C. hic, l. 2. §. fin. eod.* quia hoc casu fit veteris obligationis novatio, *d. l. 8. §. 8. hic, l. 7. §. 8. & ibi Cujac. de dol. l. 2. C. de pact.* in qua tacitum pactum erat factum inter creditores & reum principalem, hoc est, venditorem, quod ex textu rectè colligunt glos. & pleriq; Dd. *ibid. Castr. in l. si cum emtore, eod. col. 2. Diss. Bart. in d. l. 2.* i) hoc est, cùm alius pecuniam accepturus esset, mulier interposita est, quæ acciperet, & sic ab initio se ream constitueret, *d. l. 8. §. 14. l. 12. §. 28. in fin. l. 29. hic, l. 19. C. eod.*

II.

Et succurritur mulieri, modò creditor sciverit eam pro alio intercedere *a*, vel ipso jure ex constitutionibus novis *b*, vel data exceptione *c*, replicatione *d*, aut etiam interdum condictione *e*.

a) *l. 4. 11. 12. 19. §. 5. in pr. l. 27. eod. l. 10. 13. 20. C. eod.* aliâs enim si & hoc casu SCto tutæ essent, nemo cum fœminis contraheret: quæ eadem ratio & in minore est, *l. 24. §. 1. & ibi Cujac. de minor.* Item, si nullus mulieris dolus arguatur, *l. 2. §. penult. l. 30. hic, l. 5. C. eod. l. 110. de R. I.* hoc enim casu exceptio Vellejani replicatione doli removebitur,

vebitur, *l. 6. in fin. l. 23. hic, l. 18. C. eod.* Sed tamen solvere pro alio, & ita solvendo donare mulier potest, *l. 4. l. 8. §. 5. hic, l. 1. l. 4. C. eod.* Ratio est *in d. l.* 4. quia facilius periclitantur intercedendo, quàm donando, utpote naturâ tenaces, *l. 33. in fin. de donat. int. vir.* b) *l. 23. C. hic.* in qua nihil innovatur in iis casibus, in quibus olim mulieres Vellejano non juvabantur, sed tantùm sancitur eas non obligari ipso jure, scilicet in casibus, in quibus Vellejano locus est, nisi formam *in d. l. 23.* præscriptam observent: quod olim rectè sensit Bulg. & Azo *in summ. C. Hotom. in comment. hic. Diss. Mart. glossogr. & Accurs. in d. l. 23. Connan. d. c. ult. num. 9 in fin. vide & Novel.* 134. *c.* 8. quæ obligationes mulierum pro maritis factas ipso jure nullas esse vult *Tessaur. decis.* 123. quod tamen consuetudine multis in locis contra observatur, quam valere docet Batt. *in tract. repræsal. q. 1. nu. 7. latè Alex. in l. sæpè, de judic num.* 11. *&* 13. *Ias. in §. actionum, num. 79. Inst. de act. Geil. 2. obs. 90. nu. 1. Goth. ad d. Nov. 134. c. 8.* c) quæ conceditur ei ad excludendam petitionem ejus, qui cum ea alienum negotium gerente contraxit, *l. 2. §. 1.* ubi petitionis verbo vindicatio: actionis autem nomine condictio venit, *Cujac. 4. tract. ad Afric. in explicatione l. 19. hic. adde l. 6. 7. 8. §. 2. hic, l. 2. 8. 9. 16. C. eod.* At quomodo exceptio mulieri dabitur, cùm totum SC. dicatur pertinere ad petitiones contra mulierem non dandas, *l. ult. §. 3. hic.* Id intelligi potest *ex l. 23. hic, juncta l. 11. ad Maced.* ut si appareat ei ad quem in jus aditum est, alienum negotium à muliere gestum esse, actionem petitori deneget: si non appareat, det eam quidem, sed cum hac exceptione: extra quàm si mulier alienum negotium gesserit: *adde l. 24. §. 1. l. 2. 3. 8. C. hic, l. 7. §. 1. de except. pulchrè Hotom. in comment. hic.* d) ut in casu *l. 17. §. 1. l. ult. §. 2. hic.* quod eodem pacto intelligendum est, quo explicavimus *ad lit. prox.* e) si mulier omissâ per errorem SCti exceptione solverit, *l. 40. de cond. indeb. l. 24. §. 1. l. 31. hic, l. 9. C. eod.*

III.

Et licet pater filiæ se pro alio obliganti consentiat *a*, Vellejano locus erit: imò heredibus etiam *b* & fidejussoribus *c* mulieris beneficium hoc datur.

a) quia semper durat ratio SCti, *Costal. ad l. 1. hic, nu. 6.* allegans ad hoc Bald. *in l. fin. C. de bon. qua lib.* unde intelligitur, cur patre consentiente in mutuum filii, cesset Macedonianum: quia id non tam in adolescentiæ favorem, quàm fœneratorum odio introductum est, *l. 9. §. ult. ad Maced. vide sup. disp. 20. Hotom. in comm. hic, circa fin.* b) *l. 20. C. hic.* quia rei cohæret, *l. 7. §. 1. de except.* interim tamen verum est quòd proxima hujus exceptionis caussa fundetur in muliere. *Diss. Dyn. in c. privilegium personale, de R. I. in 6. vide Bart. in l. 1. de const. Princ. Oldr. cons. 138. nu. 10.* c) *l. 16. §. 1.* ubi idem verum esse dicitur, etsi non habeant regressum contra mulierem: quia tota obligatio improbatur *d. §. 1. & l. 7. eod.* Imò amplius & procuratori mulieris, *l. 30. §. 1. hic.* & qui pro ea intercedente pignus dedit, *l. 2. quæ res pign.* beneficium hoc datur, cujus rei alia ratio frustrà à Dd. quæritur, quàm quæ est *in d. l. 16. in fin.* Quin potius hoc jus singulare esse notetur cum Cost. *in l. 14. hic. Hot. in comment. ibid.* qui & hinc elicit differentiam inter Macedonianum & Vellejanum.

IV.

Locus SCto non est, si pretio accepto mulier fidejussit *a*: si dotem extraneæ *b* promisit *c*: si ei pro quo intercessit heres existat *d*: si tute-

lam suorum liberorum suscipiens Vellejani beneficio in judicio renunciet *e*: imò etiam si extra caussam tutelæ liberorum renunciet extra judicium *f*.

a) *facit l.2.§.3.l.19.§.ult. ubi Cujac.d.tract.4.ad Afric.l.23.l.30.princ.hic. Azo in sum.C.eod.num.3.Sich.ad rubr.C.nu.*18.*Duar.hic,c.2.l.23.C.hic.Cost.ad d.l.*14. De quantitate precii, quo accepto mulier excludatur ab hoc beneficio, controvertunt Dd. Placet eorum sententia, qui arbitrio judicis id permitti volunt. *Duaren.d.c.2.Sich.d. loc. Diff. Cyn. & Salic. ibid.* b) nam cum filiæ promittit alia ratione SCtum cessat, quia suum negotium intuitu pietatis gessisse creditur, *l.12. C.hic. facit l.14. C. de jur. dot.* etsi de necessitate aliâs dotare mater filiam non tenetur, *l.14. C.de jur. dot.* c) *l.ult.C.hic.* ubi gloss. casus enumerat, quibus SCto locus non est, *adde Val. Franc.tract.de fidejuss.c.2.nu.163. & multis seqq* quod & de promisso libertatis sive servi manumittendi causa verum est, *l.pen.C.hic.Sich.ad rubr.num.*12. d) *l.8.§.13. hic.* An igitur fidejussoria obligatio, si fidejussor debitori heres existat, non tollitur? Regulariter tolli puto: excipio autem casum *d.l.8 §.13.vide infra p.2.disp.25.th.8.lit.C.* e) *l.ult.C.quand.mul.tut.offic.Novell 94.c.2.Nov.*18. *c.5.* quæ renunciatio necessaria appellatur, quippe hoc casu a lege introducta, & de qua nemo dissentit. Sed in reliquis dissentiunt aliqui, negantes mulierem etiam judicialiter renunciare posse huic beneficio, etiamsi de eo fuerit certiorata, quam sententiam de jure veriorem esse ait Tessaur.*decis.*222.*num.*2. ubi vide etiam autoritates pro eadem adductas *adde Donell.in comment.* f) *arg.l.18.§.10.l.32.*& maximè facit huc textus *in l fin.§ penult.hic.ubi gloss.Bart.Alber.& communiori calculo Dd.idem Alberic.in l.sciendum.nu.16. & seq de V.O.ubi & Alex.n.29.Geil.2.obs.77.P.Fab.in l.2.de R.I.Hotom.in comm.hic.circa fin.* facit quod primò & principaliter in favorem mulieris introductum est, quod secus habet in Maced. *Diss. Ias. in d.l.sciendum, de V.O. Sich.ad rubr.C hic,num.7.Gomes. tom.2.c 13.nu.19.& ibi Soar.in addit.VVesenb.hic,nu fin.Cost.ad l.11.ad Macedon. & ad d.l. fin.hic.Connan.d.c.ult.n.9.Covar.in c.quamvis,de pact.in 6.part.2.§.3.n.5.*vide per discursum annotata per Goth. *ad d.l.fin.* ubi eleganter ait, hujus posterioris sententiæ argumenta habere aliquid rationis: sed consuetudinem & leges repugnare. Illud tamen valde humaniter receptum est, quòd certioranda sit mulier antè de beneficio sibi competente, *vide Geil.& Gothofr.in alleg.locis.Sich.ad d.rubr.nu.15.& seq.Tessaur.d. loc.n.3.*Ubi verò intercessio ipso jure nulla est, quia cum renunciatio pro forma tantùm & frustrà apponitur, ideò eam certioratio adjuvare nihil potest. *Bart.in l.ult.C. hic.Sich.d.loc.num.14.per l.5.C.de LL.adde plura infra p.2.disp.28.th.2.lit.B.* Consuetudo verò juris Saxo. qua renunciationes mulierum itidem valent, etiam absq; juramento, eatenus est declarata Nov.Elect.Aug.*p.2.c.16.* ut mulier natu major, si personaliter se obliget pro marito vel alio debitore, & renunciet SC. Vellejano in judicio autoritate curatoris, exceptione hujus SC.tum non juvetur; extra tamen res dotales, in donationem propter nuptias vel dotalitium constitutas, in quibus nullo modo renunciatio beneficii admittitur: Omnes autem renunciationes de jure Sax. fieri coram judice vel in privato, vel in publico, tralatitium est, Landrecht *lib.1. art.13. Zobel. 2.diff.29.Dan.Moll.in comm.ad d.constit.16.*

V.

Si verò renunciationi ritè factæ *a* juramentum accesserit, *b* multò magis

gis SCtum cessabit; etsi enormiter læsa sit *c*. Quod autem de creditoris ignorantia dicitur *d*, illa non aliter beneficium mulieri adimit, quàm si fraudis alicujus sit conscia *e*.

a) juxta formam *d.l.23. & l.22.C.hic.* in qua l. 22. mulier post biennium denuò intercedens Vellejano renunciasse ipso facto intelligitur: quia inde non consilii infirmitas sed constantia appareat, *Hot.in comment.hic.Val.Franc.d.c.2.nu.*109.*& seqq. ubi vide.* unde firmatur disputatio thesis præcedentis: Si enim tacita & ex facto suo præsumta renunciatio sufficit, utique multò magis sufficiet expressa, licet extrajudicialis. b) *c.cum contingat, de jurejur.Dd. per auth.sacramenta puberum. C.si adv. vend.c.ex rescripto,ibiq; Dd.de jurejur. argu.l.26 pr.eod.Tiraq.de LL connub.gl.7. verb.exprez.nu.*152. *Tessaur.decis.*222.*n.*10.*& seqq.Hart.Hartman.in pract.obs.tit.*19.*de fidejuss obs.*3. *Tessaur.d. decis.* 222. *num.*10. & hoc casu certioratio necessaria non putatur, per ea quæ juxta communem Dd.opinionem allegat Geil. *d.obs.*77.*n.*10.*Tessaur. d.loc.nu.* 9. quod tamen difficultate non caret: maximè propterea, quòd renunciationes stricti juris sunt, adeoque in iis non venit, nisi quod nominatim expressum est, *arg.l.*35.*l.*47.*§.*1.*de pact.l.*9 *in fin.de transact.* unde Tessaur. *d.decis.*222.*n.*12. contrariam opinionem æquiorem putat. Quòd autem certioratio in dubio non præsumatur, *vide Tessaur. d.decis.*222.*n.*5. imò quod & in judiciali renunciatione certioratio requiratur, rectè docet Tessaur. *ibid.n.*6.(*Diss.Ang.ad §.item si.Inst.de except & Dec. in l.pen.C.de pact.*) c) *arg.c.cum contingat, de jurejur.per notata sup.disp.*6.*thes.*7. *in fi.Diss.vulgò Dd.* qui putant ex hoc satis præsumi dolo ad jurandum & renunciandum adductam, *arg.l.omnes.§.Lucius,quæ in fraud.cred.Dec cons.*180.*nu.*7.*Geil.d.obs.*77. *nu.ult.* Quæ verò dicatur enormis læsio, arbitrio judicis permittunt, quod communius receptum ait Bursat.1. *cons.*75.*n.*5 & 1.*cons.*27.*n.*18.*Rol.à Valle* 3.*cons.*7.*n.*56. d) *in l.4.& passim hic.vide allegata thes.*2.*lit.A.* e) *facit l.*11. *& seq.hic,l.*13.*ibi: juxta fidem veri.C.eod.* igitur non nocebit mulieri si creditor ignoret, ipsa sciat, ubi modò dolus ipsius abest, *arg.l.*30.*hic*, *Azo in summ.C.hic,n.*3.*Connan.d.c.ult.n.*4. qua ratione facilè conciliantur *l.*17.*cum l.*8.*§.*2.*l.*4.*pr.l.*11.*&* 12.*hic.& l.*1.*C.eod.Diss.Cuj tr.*4.*ad Afr. in explicatione d.l.*17.

VI.

Quamvis autem mulieris intercessio rescindatur, tamen ex æquitate Prætoria *a* dantur actiones *b* contra eos, quorum negotium mulier gessit: modò utilis, si scilicet per novationem actio creditoribus extincta est *c*: modò nova, si scilicet obligatio in mulieris persona initium sumsit *d*.

a) ratio connexionis cum titulis superioribus ostendit sub hoc titulo conjungi duo jura, civile & prætorium. Etsi enim inscriptio est: ad SCtum, & ita præ se fert solum jus civile, quod debitoribus subsidium affert: tamen id eatenus hîc in ordine Edicti perpetui traditur, ut sicut supra disp.prox.dabatur actio adversus aliquem ex negotio, quod tamen cum altero gestum erat: sic hîc detur actio adversus alterum de eo negotio, quod non ipse, sed mulier pro eo contraxit. *Hot.in comm.hic.* b) *l.*1.*§.ult.* quæ transitoriæ sunt, & quia rei persecutionem continent, perpetuò competunt, *l.*10.14.*hic.* etsi debitor prius acceptilatione liberatus sit, quàm mulier intercesserit, *d.l.*8.*§.*8. vel etiam conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat, *l.*13.*§.*2.*l.*24.*§.*2.*hic.Conn.d.loc.n.*10. excipe tamē casum *d.l.*8.*§.*8.*in fi.per l.* 4.*de con-*

lam suorum liberorum suscipiens Vellejani beneficio in judicio renunciet *e*: imò etiam si extra caussam tutelæ liberorum renunciet extra judicium *f*.

a) *facit l.2.§.3.l.19.§.ult. ubi Cujac.d.tract.4.ad Afric.l.23.l.30. princ.hic. Azo in sum.C.eod.num.3.Sich.ad rubr.C.nu.18.Duar.hic,c.2.l.23.C.hic.Cost.ad d.l.14.* De quantitate precii, quo accepto mulier excludatur ab hoc beneficio, controvertunt Dd. Placet eorum sententia, qui arbitrio judicis id permitti volunt. *Duaren.d.c.2.Sich.d. loc. Diss. Cyn. & Salic. ibid.* b) nam cum filiæ promittit alia ratione SCtum cessat, quia suum negotium intuitu pietatis gessisse creditur, *l.12. C.hic.facit l.14. C. de jur. dot.* etsi de necessitate aliâs dotare mater filiam non tenetur, *l.14. C.de jur. dot.* c) *l.ult.C.hic.* ubi gloss. casus enumerat, quibus SCto locus non est, *adde Val. Franc.tract.de fidejuss.c.2.nu.163. & multis seqq* quod & de promisso libertatis sive servi manumittendi causa verum est, *l.pen.C.hic.Sich.ad rubr.num.12.* d) *l.8.§.13. hic.* An igitur fidejussoria obligatio, si fidejussor debitori heres existat, non tollitur? Regulariter tolli puto: excipio autem casum *d.l.8 §.13.vide infra p.2.disp.25.th.8.lit.C.* e) *l.ult.C.quand.mul.tut.offic.Novell 94.c.2.Nov.18. c.5.* quæ renunciatio necessaria appellatur, quippe hoc casu a lege introducta, & de qua nemo dissentit. Sed in reliquis dissentiunt aliqui, negantes mulierem etiam judicialiter renunciare posse huic beneficio, etiamsi de eo fuerit certiorata, quam sententiam de jure veriorem esse ait Tessaur.*decis.222.num.2.*ubi vide etiam autoritates pro eadem adductas *adde Donell.in comment.* f) *arg.l.18.§.10.l.32.&* maximè facit huc textus *in l fin.§ penult.hic.ubi gloss.Bart.Alber.& communiori calculo Dd.idem Alberic.in l.sciendum.nu.16. & seq de V.O.ubi & Alex.n.29.Geil.2.obs.77.P.Fab.in l.2.de R.I.Hotom.in comm.hic.circa fin.* facit quod primò & principaliter in favorem mulieris introductum est, quod secus habet in Maced. *Diss. Ias. in d.l.sciendum, de V.O. Sich.ad rubr.C hic.num.7.Gomes. tom.2.c 13.nu.19.& ibi Soar.in addit.VVesenb.hic,nu fin.Cost.ad l.11.ad Macedon. & ad d.l. fin.hic.Connan.d.c.ult.n.9.Covar.in c.quamvis,de pact.in 6.part.2.§.3 n.5.*vide per discursum annotata per Goth. *ad d.l.fin.* ubi eleganter ait, hujus posterioris sententiæ argumenta habere aliquid rationis: sed consuetudinem & leges repugnare. Illud tamen valde humaniter receptum est, quòd certioranda sit mulier antè de beneficio sibi competente, *vide Geil.& Gothofr.in alleg.locis.Sich.ad d.rubr.nu.15.& seq.Tessaur.d. loc.n.3.* Ubi verò intercessio ipso jure nulla est, quia tum renunciatio pro forma tantùm & frustrà apponitur, ideò eam certioratio adjuvare nihil potest. *Bart.in l.ult.C. hic.Sich.d.loc.num.14.per l.5.C.de LL.adde plura infra p.2.disp.28.th.2.lit.B.* Consuetudo verò juris Saxo. qua renunciationes mulierum itidem valent, etiam absq; juramento, eatenus est declarata Nov.Elect.Aug.*p.2.c.16.* ut mulier natu major, si personaliter se obliget pro marito vel alio debitore, & renunciet SC.Vellejano in judicio autoritate curatoris, exceptione hujus SC.tum non juvetur; extra tamen res dotales, in donationem propter nuptias vel dotalitium constitutas, in quibus nullo modo renunciatio beneficii admittitur: Omnes autem renunciationes de jure Sax. fieri coram judice vel in privato, vel in publico, tralatitium est, Landrecht *lib.1. art.13. Zobel. 2.diff.29.Dan.Moll.in comm.ad d.constit.16.*

V.

Si verò renunciationi ritè factæ *a* juramentum accesserit, *b* multò magis

gis

gis SCtum cessabit; etsi enormiter læsa sit *c*. Quod autem de creditoris ignorantia dicitur *d*, illa non aliter beneficium mulieri adimit, quàm si fraudis alicujus sit conscia *e*.

a) juxta formam *d.l.23. & l.22.C.hic.* in qua l. 22. mulier post biennium denuò intercedens Vellejano renunciasse ipso facto intelligitur: quia inde non consilii infirmitas sed constantia appareat, *Hot.in comment.hic.Val.Franc.d.c.2.nu.*109.*& seqq. ubi vide.* unde firmatur disputatio thesis præcedentis: Si enim tacita & ex facto suo præsumta renunciatio sufficit, utique multò magis sufficiet expressa, licet extrajudicialis. b) *c. cum contingat, de jurejur.Dd. per auth.sacramenta puberum. C.si adv. vend.c.ex rescripto,ibiq; Dd.de jurejur. argu.l 26 pr.eod.Tiraq.de LL connub.gl.*7. *verb.exprez.nu.*152. *Tessaur.decis.222.n.*10.*& seqq.Hart.Hartman.in pract.obs.tit.*29.*de fidejuss obs.*3. *Tessaur.d. decis.* 222. *num.*10. & hoc casu certioratio necessaria non putatur, per ea quæ juxta communem Dd.opinionem allegat Geil. *d.obs.*77.*n.*10.*Tessaur. d.loc.nu.* 9. quod tamen difficultate non caret: maximè propterea, quòd renunciationes stricti juris sunt, adeoque in iis non venit, nisi quod nominatim expressum est, *arg.l.*35.*l.*47.*§.*1.*de pact.l.*9 *in fin.de transact.* unde Tessaur. *d.decis.*222.*n.*12. contrariam opinionem æquiorem putat. Quòd autem certioratio in dubio non præsumatur, *vide Tessaur. d.decis.*222.*n.*5. imò quod & in judiciali renunciatione certioratio requiratur, rectè docet Tessaur.*ibid.n.*6.(*Diss.Ang.ad §.item si.Inst.de except & Dec. in l.pen.C.de pact.*) c) *arg.c.cum contingat, de jurejur.per notata sup.disp.*6.*thes.*7. *in fi.Diss.vulgò Dd.* qui putant ex hoc satis præsumi dolo ad jurandum & renunciandum adductam, *arg.l.omnes,§.Lucius,quæ in fraud.cred.Dec cons.*180.*nu.*7.*Geil.d.obs.*77. *nu.ult.* Quæ verò dicatur enormis læsio, arbitrio judicis permittunt, quod communius receptum ait Bursat.1. *cons.*75.*n.*5 & 1.*cons.*27.*n.*18.*Rol.à Valle* 3.*cons.*7.*n.*56. d) *in l.*4.*& passim hic.vide allegata thes.*2.*lit.A.* e) *facit l.*11. *& seq.hic,l.*13.*ibi: juxta fidem veri.C.eod.* igitur non nocebit mulieri si creditor ignoret, ipsa sciat, ubi modò dolus ipsius abest, *arg.l.*30.*hic*, *Azo in summ.C.hic,n.*3.*Connan.d.c.ult.n.*4. qua ratione facilè conciliantur *l.*17.*cum l.*8.*§.*2.*l.*4.*pr.l.*11.& 12.*hic.& l.*1.*C.eod.Diss.Cuj.tr.*4.*ad Afr. in explicatione d.l.*17.

VI.

Quamvis autem mulieris intercessio rescindatur, tamen ex æquitate Prætoria *a* dantur actiones *b* contra eos, quorum negotium mulier gessit: modò utilis, si scilicet per novationem actio creditoribus extincta est *c*: modò nova, si scilicet obligatio in mulieris persona initium sumsit *d*.

a) ratio connexionis cum titulis superioribus ostendit sub hoc titulo conjungi duo jura, civile & prætorium. Etsi enim inscriptio est: ad SCtum, & ita præ se fert solum jus civile, quod debitoribus subsidium affert: tamen id eatenus hìc in ordine Edicti perpetui traditur, ut sicut supra disp.prox.dabatur actio adversus aliquem ex negotio, quod tamen cum altero gestum erat: sic hìc detur actio adversus alterum de eo negotio, quod non ipse, sed mulier pro eo contraxit. *Hot.in comm.hic.* b) *l.*1.*§.ult.* quæ transitoriæ sunt, & quia rei persecutionem continent, perpetuò competunt, *l.*10.14.*hic.* etsi debitor prius acceptilatione liberatus sit, quàm mulier intercesserit, *d.l.*8.*§.*8. vel etiam conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat, *l.*13.*§.*2.*l.*24.*§.*2.*hic.Conn.d.loc.n.*10. excipe tamẽ casum *d.l.*8.*§.*8.*in fi.per l.*4.*de condict.*

dict. caus. dat. c) qui est hujus conjuncti juris primus effectus, ut detur contra eum, qui pro se mulierem constituit ream, actio utilis, *d.l.* 8. §. 8. quæ & rescissoria, *l.* 16. *C. eo. l. ult.* §. *fi. hic.* & restitutoria, *d.l.* 8. §. 9. quia restituitur prior debitor creditori, *l.* 16. *in fin hic. l.* 8. *C. eod. l.* 12. *de minor. Azo in sum. C. hic. Conna. d. loc. n.* 9. *Hot. in comm. hic. Cuj.* 16. *obs.* 27. d) *l.* 13. §. 1. *hic.* quæ ita appellatur, quoniam non extincta restituitur, sed nunc primùm instituitur, *d.l.* 8. §. *pen.* eam Acc. secutus primos Interpp. Latinos vocat institoriam, quod & Græcis placuisse *lib.* 35. *Basil.* testatur Cuja. *d. obs.* 27. Credo tamen errore primò propter affinitatem vocum ita appellatam, quæ propriè non (institoria) sed (institutoria) dicitur: cùm autem similis quædam subesset ratio hujus actionis, quæ est institoriæ propriè sic dictæ, error ad imitationem tractus est. Tandem & hoc notandum, statim agi cum eo, cujus negotium mulier gessit, nec expectari, dum vocata ad judicium opponat exceptionem Vellejani, aut solutum condicat, licet temporalis sit actio, *d.l.* 24. §. *fi. hic.* ubi rectè legitur (quamvis statim) per particulam prolepticam, quæ ostendit in verbis præcedentibus non contineri intervallum. *Diss. Cuj. ad l. ult. de minor.*

VII.

Compensatio, quę ex ęquitate originem suam trahit *a*, est debiti & crediti inter se contributio *b*: quæ in omnibus judiciis *c* hodie locum habere intelligitur, præterquam in deposito *d*, & actione momenti *e*. Itaq; actionem commodati *f*, & dotis repetitionem *g* minimè excipimus.

a) quia dolo facit qui petit quod restiturus est, *l.* 8. *de except. dol.* & quia interest nostra, scilicet ad pluralitatem judiciorum evitandam, potius non solvere quàm solutum repetere, *facit l.* 21. *si cert. pet. l.* 3. *ubi Goth. hic. Hot. in comment. Wes. par. ibid. in princ.* b) *l.* 1. *hic.* Propriè compensari dicitur, quod simul in una lance penditur: unde ad varia compensationis appellatio trahitur, *vide l.* 19. *de pign. act. l.* 1. §. 3. *de pign.* §. 2. *Inst. de soc.* Sed hîc in specie pro æris alieni per id quod invicem debetur usque ad concurrentem summam, imminutione accipitur, *d.l.* 1. *juncta l.* 4. *C. eod. l.* 58. §. 3. *ad Trebel. l.* 34. §. 5. *de legat.* 2. Contributio autem illa fit, ut quod contributum est compensetur, *l.* 40. §. 1. unde per metonymiam effectum pro causa dicitur, *Hot. in com. hic.* c) olim tantùm in bonæ fidei judiciis obtinebat, in strictis autem mutua petitione sive reconventione opus erat, etsi apud eundem judicem res disceptaretur, *arg. l.* 11. §. 1. *de jurisd. l.* 22. *de jud.* quod postea rescripto D. Marci mutatum est §. *in bon. fidei. Inst. de act.* imò & ad actiones in rem idem deductū est, *l. ult. C. hic.* quæ hoc tantùm introduxit novi, ut hodie omnis deductio, reputatio, retentio fieret ipso jure tanquam compensatio, *Cuj.* 15. *obs.* 12. *Diss. vulgò gl. & Dd. in d. l. fin. Myns. in d.* §. *nu.* 6. *&* 26. *Don. n. ul. Sneid. n.* 28. *Sich. ad d. l. fin. n. ult.* qui putant hoc non aliter in actione in rem locum habere, quàm si ad æstimationem rei perveniatur. d) propter exuberantiam bonæ fidei in hoc contractu, *l.* 23. *depos. l.* 6. *C. de R. V. Paul.* 2. *sent.* 12. *& ibi Cuj.* unde apparet hoc à Justiniano introductum non esse, *Cuj.* 8. *obs.* 16. *& d. obs.* 12. *in fi. Hot. in com. hic. Diss. vulgò Dd.* quorum opinionem tuetur Donel. *in d.* §. *in bona fidei. n.* 10. e) *arg. l. un. C. si de moment. poss. fuer. appell. ubi Cuj. idem d. obs.* 16. f) *l.* 18. §. *ult. commod. arg. l. ult. in pr. C. hic. Soar. in com. opin. lit. C. n.* 149. allegans ad hoc Panorm. *in c.* 2. *depos. Diss. Acc. in d. l. ult. C. hic. ver. depositi, & pleriq; Dd.* g) *facit l.* 15. §. 1. *l.* 22. §. 3. *l.* 26. §. 6. *l.* 66. §. 1. *sol. matr.* qui textus non emendantur *per l. un.* §. *taceat. C. de rei*

de rei uxor. act. & l. 6. C. hic. Diss. Goth. in not. ad dd. ll. Duar. in l. 7. §. ob donationes, sol. matr. Balduin. in suo Iustin.

VIII.

Compensantur autem invicem res fungibiles *a*, quantitas ad quantitatem *b*, etsi non sint materiæ ejusdem *c*, sive debitum sit naturale & civile simul *d*, sive naturale tantùm *e*, modò purè debeatur *f*, & liquidum sit *g*.

a) *l. 2. §. 1. l. 6. si cert. pet. l. 1. 5. 8. 11. C. hic, l. 18. pr. de pign. act. l. 1. de impens. in rem dot. l. 26. §. 4. de cond. indeb. Paul. 2. sent. 5. & ibi Cuj. gl. in d. l. 18. Azo in sum. C. hic. nu. 1. Marant. p. 4. dist. 6. n. 30. Don. in d. §. in bonæ fidei, n. pen. & ult. Dissent. Duar. in d. l. 7. §. 5. sol. matr.* cujus tamen sententia videatur jure novissimo vera, *ut l. ult. C. hic.* introductum dicamus, etiam retentionem speciei pro quantitate venire nomine compensationis: species autem pro quantitate non rectè solvitur, *d. l. 2. §. 1. si cert. pet.* Wes. *& Hotom. in com. hic. Cuj. 5. obs. 12.* b) *l. 11. 15. 19. 20. l. pen. hic.* cùm certum corpus nummorum designatur, veluti centum quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam species. Unde quæritur: an, si talis quantitas debeatur ex una parte, compensari possit cum quantitate simpliciter debita ex altera parte? Nego: *arg. l. 31. §. 1. si cert. pet. ibiq; gl. Roman. Dec. & alii. Fachin. 1. controv. 6. arg. l. 51. de legat. 1. (Diss. variè Dd. ibid. allegat.)* c) quia non qualitatis sed valoris ratio habetur, *l. 1. de contr. emt. l. 65. de V. O. l. 3. de in lit. jur. Hot. ill. q. 15. Pin. ad rub. p. 1. c. 3. n. 16. C. de resc. ven. & ibi Soar. in addit. post Fulg. in d. l. 2. §. 1. si cert. pet. n. 6. Alc. n. 11. Purpur. n. 31. Sneid. in d. §. in bonæ fidei, nu. 32. post Ias. & Zas. ibid. Diss. vulgò Dd. in l. 3. si cert. pet. Bart. in l. 99. n. 3. de solut. vide Covar. collat. vet. numism. c. 7.* ubi hanc quæstionem examinat. Genus tamen cum genere non compensari placet, cum Don. *in d. § n. 13. Ias. n. 70. Diss. Acc. Bald. Goth. in l. 78. in fin. pr. de her. inst. arg. l. 66. §. 1. de leg. 2. l. 67. de solut.* d) *l. fin. C. hic.* e) *l. 6. hic. Sneid. in d. §. n. 14. Medic. d. tr. p. 4. q. 42. Tyndar. tr. de compens. art. 4. nu. 12.* modò tale sit quod peremtoria exceptione tolli non possit, *l. 13 hic.* f) *l. 7. hic.* dies enim obligationis, cui adjicitur, pars est *l. 1. §. 2. de eden.* Si certo loco debitum alibi compensetur, ratio habetur utilitatis loci, *l. 15. hic, l. 2. §. ult. quod cert. loc. Tyndar. d. art. 4. n. 24. Medic. p. 1. q. 7. vid. disp. 23. th. 3. & seqq.* g) *l. fin. & ibi Bart. C. hic, arg. l. 7. 22. hic, l. 3. de tut. & rat. distr. Medic. d. p. 1. q. 13. Dd. vulgò in d. §. in bonæ fidei. Diss. Tynd. art. 7. n. 76. Donel. in d. §. n. 9. Bocer. hic, th. 29. & 30.* quorum tamen sententia vera est de compensatione quæ fit per exceptionem, quo modo etiam illiquidum debitum compensari potest: vide etiam Cujac. 15. *obs.* 12. Liquidum debitum censetur & illud, quod sine latiori indagine brevi liquidari potest. *Dd. in d. l. ult. Marant. p. 4. dist. n. 1. & ibi addit. Don. d. loc. nu. 8.* quando autem & quibus casibus debitum dicatur de proximo liquidari, judex arbitrabitur, *arg. l. 1. in fi. de jur. delib. Bald. in d. l. ult. Marant. d. loc. n. 2. in addi. Ang. d. §. nu. 3. in pr. cum ibi alleg. Myns. ibid. n. 16. Sneid. n. 18. & 19. Medic. d. p. 1. q. 13. Diss. variè Dd. apud Ias. in d. §. n. 72. & ibi Zas. n. 25. Sich. ad rub. C. hic, n. 13. & 15.*

IX.

Amplius & ex maleficiis compensationi locus est *a*, modò civiliter & ad pœnam pecuniariam agatur *b*: unde injurias verbales defensionis causa compensari posse placuit *c*: quod etiam in falsis instrumentis utrinque productis verius crediderim *d*; tandem & in fisco debitis *e*.

a) *l. 39.*

a) *l.39. & ibi Bart sol. matr. c.6. c fin. de adult. l. 36. de dol. l. ult. §. 2. l. 57. de cont. emt l. 1. C. rer. amot. l. 2. C. hic. Dyn. in c in pari caussa, 65. de R. I. Ias. in d. §. num. 81.* b) *l. 10 §. 2. hic.* (unde rectè colligitur, actione furti agi etiam jure veteri modò criminaliter, modò pecuniariè: neque enim textus ibi conjunctim accipi potest, ut pro, idem est: legamus, id est: cùm addatur particula ET, quæ vim comparandi habet. *Diss. Cuj. 11. obs. 37.) vide l. 2. §. 4. & 5. l. 13 §. 5. ad l. Iul. de adult.* c) *arg. l. 3. de jur. & jur. ubi Ias. n. 36. l. 14. §. 6. de bon. lib. l. 25. de procur. ubi Bart. Geil. 2. obs. 100. & 101. n. 4. Myns. 5. obs. 14. Vaud. 2. var. q. 29. Covar. var. resol. 10. nu. 8.* d) tum quòd generaliter loquuntur textus sup. ad lit. A. & B. adducti: tum quod in se capitale falsum non fuerit, ut verior est sententia, de qua Don. *ad l. 18. C. de transact. vide sup. disp. 7. th. 17. in fin. Diss. Bald. in rub. C. de fid. instr. n. 53.* vide ea quæ remissivè allegat Alex. *in addit. ad Bart. in l. 10. hic.* e) *l. 3 l. ult. C. hic.* dummodò fisci debitum intra duos menses probetur, *l. 46. §. 3. de jur. fisci.*

X.

Compensare potest & tutor *a* & procurator in rem suam *b*, & quivis non prohibitus *c*: & compensatio, quæ obstat domino actiones suas cedenti, opponitur etiam cessionario *d*. Etsi autem compensatio hodie ipso jure fieri intelligitur *e*, tamen verius est factum hominis idcirco non excludi *f*.

a) *l. 11. C. hic.* etiam adversus pupillum, *l. 1. §. 4. de cont. tut. act. l. 3. C. eo.* nec tutela divisa compensationem impedit, *l. 36. de adm tut.* b) *l. 18 pr. hic. Bart in l. 9. C. eod.* & quidem post litem contestatam, ut ait d. l. vel denunciationem, & partis acceptionem, ut addit gl. *ex l. 3. C. de nov. Dd. vulgò in d. l. 18. Hot. in com. hic. Dis. Cuj. 24 obs. 37. Duar. ad tit. C. hic. c. 1.* f) facit generalis æquitas, *de qua § pen. Instit. de act. l. 35. de adm. tut. l. 5. C. hic, l. 3. eod. vide quæ dixi th. 6. ad lit. A.* quod & ad dominum feudi contra feudatarium extendit Medic. *p. 2. q. 18.* & ad bannitum, ut scilicet alius ejus nomine compensare possit, *Cost. ad l. 4. hic. per c. intelleximus, de jud.* d) *Dyn. in c. is qui in jus, circ. fi. de R. I. in 6. ubi Bcër. in addit. Cyn. Bal. Ang. Sali. d. l. 9. C. hic. Bart. Bald. Ang. in l. 38. de proc. Capel. Tholos. q. 93. in fi. Tessaur. decis. 121. Diss. gl. & Castr. in d. l. 34. & in d. l. 9. Mud. ad d. §. bonæ fidei, n. 10. 11. vide tamen l. 33. §. fi. l. 70. de procur.* quorum sententia tunc procedit, quando debitum factum est post cessionem, & debitor scivit cessionem antè factam: item, cùm in actu cessionis debitor intervenit, & cessionario delegationem acceptanti solvere promisit, *arg. l. 19. in fin. de novat. Tessaur. d. decis. 121. n. 2.* e) *d. §. d. l ult. ubi Dd. hic. Diss. Don. ad d. §. n. 10 Boc. th. 29. hic.* f) *gl. in d. §. verb. ipso jure, ibi. Zas. nu. 7. Myns. n. 10. & seqq. Wes. n. 10. & par. n. 8. facit l. fin. vers. ita tamen, l. 1. in fin. quæ sent sine appell. resc. Diss. Martin. referente gl. in l. 4. C. hic.*

XI.

Illum etiam compensando liberari à perjurio puto, qui jurato solutionem debiti promisit *a*: & quia jus compensationis habenti usuræ non currunt *b*, nec moram facere intelligitur *c*, rectè hinc infertur, emphyteutam qui canonem non solvit, in commissum non cadere, si debeat ei dominus, quod compensari possit *d*.

a) *arg. l. 1. 2. 4. 10. §. 1. l. 4. C. eod.* & urget ratio *l. 3. hic, adde l. 4. qui pot. in pign. Bart. in Lam-*

*in l.amplius,15.n.8.rem rat.hab.Tyndar.art.7.n.70.& seq.Cov.in c.quamvis,p.1.§.4.n.8.de pact.in 6.pulchrè Fach.1.controv.7.*Diss.vulgò Canonist.*per c.6.de jurejur.c.10.22.de sponsa.Zas.d.loc.n.27.& vulgò Dd.teste Soar.in com.opin.lit.C.nu.151.Fr. Viv.lib.1.com. opin.43. & 189.* b) *l.11. & ibi Costal.l.seq. hic.* imò & pignus reddi ei debet, *l.12. C.hic.* c) nam exceptione perpetua tutus est, *l.lecta 40.in fin.si cert.pet.l.nulla 88.l.55.de R.I.c.non est in mora,de R.I.in 6.* d) effectus enim compensationis non demum incipit ex eo tempore quo opponitur, sed retrò, *Bart.in l.4. C. hic. Guid. Pap.decis.q. 171.Cost.in d.l.11.hic.* quo faciunt ea quæ tradit Sneid.*ad d.§.n.11.& seq.* Illud universaliter verum est, compensationem etiam post sententiam opponi posse, *l. 2. C. hic. ibiq; Dd.* idq; verum est etiam stante statuto, quòd exceptio solutionis post sententiam non posset objici. *Surd.decis.191.* debet tamen hoc casu compensatio esse liquidissima, aliâs sententia executioni mandabitur, *Capic.decis.167.n.1.Seb. Med.tr.hic,p. 2.q.25.& q.31.n.9.adde infra 2.disp.26.th.7.lit.H.in fin.*

XII.

Hic illud quæritur: an pater legans filiæ dotem genero promissam compensare intelligatur? quod puto, maximè si & promissa & legata est quantitas.

l.84.§.6.de leg.1.ubi Bart.Bald.Ias.l.22.§.3.sol.mat. quam non opus est emendari. *Diss.Cujac.3.obser.16.* qui eo loco, ubi vulgò eleganter legitur (si tantùm ab eo consecuta sit,&c.)novè legit (si amplius,&c.) *adde l.11.C.hic.vide aliter A.Fab.4.conj.9.*

XIII.

Compensationi affinis *a* est reconventio, quæ nihil est aliud quàm actio *b* quæ mox ab initio *c* instituitur & pertractatur *d* contra actorem coram eodem judice *e*.

a) *Wes.par.hic,n.ult. Cuj.9.obs.37. Marant p.4. dist.6.n.4.* & exemplum reconventionis est *in l.6.C.hic.facit l.1.C.de rer.amot.& l.11.§.1.de jurisd.adde Nov.96.c.2.l.14. & auth.seq. C. de sent. & interloc.t.t. Decretal. de mut. pet.* b) civilis, non criminalis, *c.neganda,3.q.11.arg.l.15.de pub.jud. Hyp.de Marsil.pract.crim.§.experientia,n.68. Diss.gl.in d.auth.verb.eundem judicem.Marant.d.dist.6.nu.57.* etiam de debito liquido, *Sich.ad d.l.14.n.fin.Diss.gl.ib. verb.cognoscatur.* c) ante litis contestationem,ut judex de utraq; simul cognoscat,*c.1.de mut.pet. Marant.d.loc.* Diss. post veteres quosdam,*ut refert glos.in d.auth.Spec.h.tit.§.sequitur, & in §.videndum,verb. eos autem.quem refellit ibid. Ioan. Andr. & idem in c. 2. de ord. cogn.* vel statim post litem contestatam, *Marant.d.dist.nu.5.& 6.Ord. Cam.p.3.t.30.* aliâs enim utraq; causa vicissitudine judiciorum simul pertractari non posset, *Toming.decis.16.n.4. & seqq.Diss.Sich.nu.5.& pleriq; Dd.ad d.auth.* finitur autem non una sed duplici sententia eodem ductu lata, *d.c. in fin. & ibi gl.* e) *arg.l.1.§.fin.de extraord.cognit.l.11.§.1.de jurisd.ibiq; Dd.l.22.de jud.d.l.14 & auth.seq.C.de sent. & interloc.P.Frider.Mindan.lib.3.de process.Cam.c.6.& 7.* ne continentia causæ dividatur. *Tib.Decian.tr.crim. lib.4.c.7.num.1.* etiam delegato, *facit d.l.14.& auth.seq.ubi gl.verb.recusari.Sich.nu.6.7.*(Diss.Marant.*d.dist.n.23.*in duobus casibus,ad quem remittit Geil.1.*obs.35.num.12.*)etiam prorogato,*d.Novel.96.c.2.* quia non minus hîc litigantium voluntas, legis necessitas, publica utilitas, & mutuarum petitionum connexitas consideratur; & absurdum sit propter rei consensum in prorogationem judicis reconventioni locum tribuere nolle, *Menoch.1.arb.*

jud.q.44.n.6.Zas.2.sing.resp.37.& cons.22.nu.14 Mindan.d.lib.3.c.6.nu.12.(Diss.Bart. in d. auth.n.3.& n.ult. Ias.in l.14.n.12.in fin.de jurisd.Sich.in d.l.14.C.de sent.& interloc.n.8.in fi. Mar.d.dist.6.n.14.) unde apparet, etiam in privilegiatis Imperii instantiis (wenn vermöge der Außträge geklagt wirdt) reconventioni locum esse: *arg.* Cammergerichtsordnung *p.2.tit.4.* ubi tres tantùm casus excipiuntur, quibus reconventioni locus non est: ergò cæteri sub regula relinquuntur, *Mindan.d.c.6.n.12 in fin.* (*Diss.Sich.in d.l.14.n.9.*) Et quia generaliter actor, quò minus coram judice rei conventi reconveniatur, nulla fori præscriptione vel privilegio se tueri potest, ideò & Principes Imperii, licet aliâs privilegiatam habeant instantiam, die Außträge: Cammergerichtsordnung *p.2.t.2.* tamen in Camera vel alibi inferiorem convenientes coram eodem respondere ad reconventionem tenentur, *Bart.& Dd.in l.14.de jurisd.Mindan.d.c.6.n.7.*

XIV.

Reconventio non admittitur in causa spolii *a*, causis executivis *b*, at benè in summariis *c*: deniq; non coram arbitro *d*.

a) sed per modum exceptionis spoliatio ab altera parte opponi potest, *c. ult. de ord.pronun.Diss.Maran.d.disp.n.41.& seqq.* in casibus quando non utrinq; de eadem re agitur. b) ut debiti confessi, *arg.l.un.C.de confess.* depositi, *arg.l.si quis. C.depos.Marant.d.loc.n.39.Diss.Bald.in d.l.* c) *arg.Clem.sæpe, vers.verùm. de V.S. Maran.d.loc.n.38.* Diss. vulgò Dd. qui tunc suspendi volunt. d) *l.46.de arb. Maran.d.loc.n.12.Diss.Spec.d.loc.ver.quid ergo.* Illud non interest, utrum reconventio similem causam contineat, an diversam ab ea quæ in conventionē deducta est, *d.l.14.cum auth.seq.ubi gl.verb.eod.negotio.* Quod ad jus Saxo. attinet, communiter traditur illo jure compensationi & reconventioni locum non esse, Landr.*lib.3.art.12.ibiq; gl.* König. *in process.c.60.n.1.Fachs.1.diss.jur.civ.& Sax.diss.65.* sed ex usu fori & novis constitutionibus ita est distinguendum: ut compensatio liquidi ad liquidum, tanquam species solutionis indistinctè admittatur: ac quia textus juris Saxo. compensationis in specie non meminit, ideò casus hic juxta jus commune decidatur, *Nov.Elect.Aug.p.1.c. 8.* ita & reconventio illa demum admittatur, quæ nihil habeat cum instituta conventione connexitatis, wenn es unterschiedene händel/ da einer auß dem andern nicht fleust/ *d.p.1. c.7.Zang.tr.de exc.p.2.c.1.n.136.Fachs.diss.46.ibiq; addit.*

DISPUTATIO XXVI.

De Deposito.

Respondente Gregorio Sommer Corbusiensi Lusatio.

THESIS I.

DEpositum *a*, quod & commendatum *b*, est contractus realis *c*, bonæ fidei *d*, de re gratis *e* custodienda *f*, & eâdem in specie restituenda quandocunq; libuerit deponenti *g*.

a) rursus per metonymiam res ipsa dicitur pro contractu sive negocio, quod video depositionem eleganter appellari, *l.1.§.est autem 22.in fi.l.5.§.fin.hic.* dictum ab eo quod ponitur: ubi præpositio De auget significationem, ut ostendat totum, quoad custodiam, commissum fidei ejus apud quem deponitur, *l.1.pr.hic.* quod non fit, ubi deponere sumitur pro demoliri, *ut l.4.§.3.fin.regund.l.2.§.17.ne quod in loc.publ.*

l.9.§.2.

l.9.§.2.quod met.caus. Ideoq; mutata præpositionis vis significationem mutat. b) nam promiscuè usurpantur hæc tria, deponere, custodiendum dare, & commendare, *l.24.26.hic.l.6.9.C.eod.l.186.de V.S.l.fin.ad SC.Treb.adde l.14.§.3.de relig.de qua Cujac. 2.obs.17.& 11.obs.11.* neq; tamen ideò minus depositum à mandato separatur, in quo simul negotium gerendum committitur *d.l.1.§.11. & 12.hic.* aliter etiam (commendare) pro (laudare) usurpatur, *vide Gœd.ad d.l.186.n.2.* Nec tamen, stante hac commendati pro deposito significatione, Triboniani satis firmiter argui oscitantia potest *in l.fi.C.commod.* quasi cum ibi: commendatum: scriptum esset, ille confusis contractibus constitutionem illam retulerit ad commodatum. Nam, *ut dixi disp.prox.* illa lex rectè accipi potest de debito non liquido, quod tantùm prætexitur, ad evitandam commodati restitutionem. *Forner.2.select.14.Diss.Cuja.ad Paul.2.sent.12.§.2.3.& 9.obs. 27.aliter Don.ad §.in bonæ fidei.Inst. de act.n.10.11.quem sequitur Pac.4.enant.44.* c) *§.3.Inst.quib.mod.re contr.oblig.l.1.§.5.de obl. & act.l.26.§.fin.hic.* unde rectè Bart. & Dd. eliciunt, privatam scripturam non facere fidem pro scribente, nisi pars adversa approbet. d) *§.28.Inst.de act.l.1.§.23.* & quidem magis quàm cæteri, quia totius rei custodia fidei depositarii committitur, cujus rei effectus apparebunt infrà. e) *l.1.§.8.& 9.l.3.§.3.naut.caup stab.adde §.ult.Inst.de mand.* Hoc tamen non impedit, quò minus remuneratio intervenire possit, quæ abusivè pretium dicitur *in l. 2.§. 24. vi bon.rapt.Cujac.1.Feu.1.& par.C. hic.Bocer.hic,th.2.* f) deponens dat custodiendum, depositarius recipit: unde & receptum appellatur id quod depositum est: qua (recipiendi) voce ambigua deceptus Tribonianus, titulum: Nautæ, caupones, stabularii, ut RECEPTA (h.e.apud ipsos deposita) restituant: subjecit titulo: De RECEPTIS arbitris. *Diss.A. Cont.1.disp.4.* Si igitur non servandi vel custodiendi causa res detur, ut cùm instrumenta litis prosequendæ causa procuratori dantur, mandati actio est, *l. 8. mand.* g) *Vult.1. Iurispr.33.* neq; enim hîc compensatio admittitur, *vide disp.praced.* nec quidem deductio vel doli exceptio opponi potest, *l.11.C.hic.* itaq; pactum de tempore restitutionis adjectum nihil operatur, *d.l.1.§.22.& §.penult. hic.* nisi in sequestro: quod plerumq; sub conditionis eventu fit, de quo accipio *d.§. 22.arg.l.5.C.eo.cum Goth.ibid.*

II.

Custodia autem ea regulariter sufficit, quæ doli omnis & latæ culpæ expers sit *a*: nisi fortè summam diligentiam in se depositarius receperit *b*; quod & is intelligitur fecisse qui se deposito obtulit *c*. Qui verò honorarium depositi nomine accipit, eo ipso ad exactam diligentiam, atq; ita levis culpæ præstationem se obligat *d*.

a) *l.23.de R.I.l.5.§.2.commod.d.§.3. Inst.quib.mod.re contr. obl l.1.§.5.de act.l.1.§. 10.& fin.l.7.l.quod Nerva.32.hic.* in qua negatio non abundat. *Delr.ad d.l.23.c.1.in interp.hist.* & in quo sensu eâ sive retentâ sive expunctâ textus illius legis accipiendus sit docet Goth.*in not.ib.Diss Hot.3.obs.2.in fi.* Illud hîc semel admonuisse sufficiat, culpam duas tantùm habere species, latam & levem: *arg.l.47.§.5.de leg.1.* ubi in illis verbis: an nunquid &c. non tertia culpæ constituitur species: sed tantùm fugiendam esse omnem negligentiam docetur, atq; ita gradus negligentiæ & diligentiæ constitui possunt, species non possunt. *Zas.1.resp.sing.2. Delr. d.c.1.pag. (mihi) 121. Vult.1. dist.schol.15.Diss.Bart.& pleriq; veteres in d.l.32.Rebuff.ad l.lata.233.de V.S.aliter Coras. 4.*

*misc.*1. Lata porrò culpa ita ad dolum propè accedit, *l.*11.*de incend.l.*1.*§.*2.*si quis in test.* *lib.l.*1.*§.*1*si mens.fals.mod.l.*7.*§. de susp.tut.* ut doli appellatione comprehendatur, *d.l.* *lata* 233.*d.l.*32. *hic,l.*5.*§.*15.*ut in poss.leg.l.*8.*§.*6. *de precar.* eaq; fraudis nomine designatur in antiquorum edictorum formulis, ut apud Val. Prob. observavit Ræuar. & probat Delr.*d.c.*1. ubi hoc in contractibus, imò & in delictis recipiendum docet, ut ubi dolus duntaxat venire dicitur, ibi lata culpa sub eo comprehendatur: ni agatur ad pœnam corporis, vel res mali sit exempli, *per l.*7.*ad l.Corn.de sicar.l.*5.*de furt.&c. Cagn.ad d l.*23.*Vult.d.c.*15. Illud certum est, ne volentem quidem de dolo futuro non præstando pacisci posse, cùm id contra bonos mores sit, *l.*1.*§.*7.*hic,l.*27.*§.*3.*de pact. Mozz.hic, col.*5.*n.*2.*vide Don.in l.*6.*C.de pact.n.*10. b) *d.l.*1.*§.*6.16.35.*l.*5.*§.*2.*hic. arg.l.*1.*C.eod. Mozz.t.de natur.depos.n.*30.*& de accid.depos.n.*3. c) *d.l.*1.*§.*35.*gl. & Dec.ad l.*23.*de R.I.n.*3.*Sneid.ad d.§.*3.*n.*17.*Mozz.hic, de divis.depos.n.*3. idq; communiter asserunt Villal.*in com.opin.lit.D.n.*63.*Fr.Viv.verb.depositarius.Soar.lit.D.n.*58.*& seqq.Diss.Barbat.in c.bona fides.hic, nu.*3. Sed quid si suis rebus summam diligentiam adhibere depositarius consuevit, an non & hoc casu ad levem culpam tenebitur? Minimè: *per ll.supra ad lit.A.allegatas,& arg.l.*20.*hic.* (de qua vide Cujac.22.*obs.*30. & dissentientem ab eo H.Suerin.1.*repet.prælect.*19.) *Diss.Acc.in d.l.*23.*pr.* d) *Myns.d.§.*3.*nu.fi. Dec.in d.l.* 23.*de R.I.n.*3.*per c.si.hic.l.*5.*§.*2.*vers.nisi forte.commod.l.*2.*§.*20.*vi bon.rapt.* & quidem venit tum levis culpa in depositi actionem. Diss.post gl. Sneid. *in d.§.*3.*nu.*17. qui putat ad hoc, si quantitas data est locati: si species, præscriptis verbis actionem competere. vide & Soar.*in com.opin.lit.D.n.*59.

III.

Quod totum tamen ita rectè restringitur, ut is depositarius liberetur, apud quem res periit, quæ omninò eodem modo penes deponentem peritura fuisset *a*. Ex his verò omnibus pro consectario deducitur, depositum nunquam solius depositarii *b*, nec depositarii & deponentis simul *c*, sed deponentis tantùm gratiâ contrahi.

a) ut olim rectè sensit Martin. glossogr. *per ll. adductas ab Accurs. ad l.*14.*§.*1. *hic.* idem Martin. *in l.*5.*verb. detrimento, referente ibid. Accurs.si cert.pet.* quam sententiam Hotom.*ill.qu.*30.*in fin.* eatenus sequitur, si morator in bona fide fuerit: & quam olim tenuerunt Ultramontani, hoc est, Galli interpretes veteres. Diss. Bart. & post eum pleriq; Dd.*in d.l.*5.*si cert.pet. & d.l.*14.*§.*1.*hic,per l.*83.*§.pen.de V.O.* (ad quam bene respondet Hoto. *d.loc.*) eamq; opinionem, ut indistinctè rei interitus ad debitorem pertineat, defendit Cuj.*ad l.*23.*de V.O.& in tract.*5. *ad Afr.vide inf.p.*2.*disp.*29. b) *arg.l.*1.*pr.hic,ibi:* custodiendum datum. *Gomez.*2.*var.res.*6.*n.*2. transiret enim in alium contractum, *Mozz.hic,c.*2.*n.*5.*Gabriel.*3.*comm. conclus.*2.*de reb.cred.Diss.Ioan.ut refert. gl.ad d.l.*1.*§.*35.*hic,& vulgò Dd.Dec.Ias.&c.Fr.Viv.in com.opin.verb.depositarius.* c) *Gomez.d.loc.Connan.*7.*com.*4.*n.*9. *Diss.communiter Dd.Bart.in d.l.*32.*hic. Alber.in c.*1.*hic. Mozz.d.c.*2.*n.*4.*Fr.Viv.d.loc.*

IV.

Depositum duplex est, unum in specie depositum, alterum sequestratio *a*. Illud est rei non litigiosæ *b* ab uno *c* vel pluribus facta depositio, & tantùm in mobilibus *d* locum habet.

a) quorum utrumq; rursus est vel consilii, vel necessitatis: de illo satis hoc probat

probat *l.1.§.2.3.& 4.hic.* de sequestratione etiam verum esse apparebit postea. Distributio autem depositi in depositum speciale & sequestrationem probatur expressè *per l.5.§.1.& 2.& l.7.prin.l.12.§.2.l.17.l.pen.hic: quam sequuntur Azo in sum.C.hic. Cast. in d.l.17.Oldend.class.4.act.23.Vult.d.c.33.n.2.* Diss. variè Dd. quorum aliqui depositum aliud faciunt juris, aliud facti, *argu.l.acceptam,C.de usur.vide Menoch. 1.arb. jud. quaest. 232.Mozz.hic.tit.de divisione depositi*: alii alias species depositi & aliter numerant, *de quibus vide Mozz.d.loc.Sneid.ad d.§.3.nu.2. Kling.nu.*18. *Mynf.nu.*4. qui tres: Hotom.*in comm. hic.* qui sex numerat species. b) quae est prima specifica differentia à sequestro: & iis locis comprobatur, quibus depositae rei fit mentio, neq; aliquid de sequestro additur, *ut l.1.§.22.25.27.43.&c. hic.* c) quae est altera differentia depositi in specie ita dicti à sequestro: & probatur omnibus iis locis, quibus unus solus deposuisse dicitur: quod de sequestro accipi nequit, quia nemo secum ipse litigat. d) *arg.l.1.pr.ibi: datum, hic. ubi glos.* quod Azo *in summ.* Bart. Bald. Salicet. Angel. Sich. & vulgò Dd. *ad d.l.1.& rubr.C. eod.* secuti sunt. Panor. Felyn. Innoc. *ad rubr.extr.eod.Kling.Sneid.* Wesen. *Mynf.ad d.§.3.Mozz.hic,c.1.num.5.&c.* de rebus quae deponi possunt *nu.1.Hotom.in comm.hic.* quae sententia est verissima: nam res immobiles custodiam quidem latè loquendo recipere videntur, sed ea contra vim parum proficit, *l.31.de act.emt.* & metonymicè domus commendari dicitur, cujus claves traduntur: itaq; tum mandatum potiùs contrahetur, quàm depositum? Hotom. hìc. Quid? quòd ipsa nominis depositi notatio omninò repugnat: quod enim immobile est, non poni, multò minus deponi potest. *Diss. latè Goedd. ad rubr. tit. Decr. de sequestr.poss.& fruct.n.10.& seqq.*

V.

Patientia tamen sola sive scientia rei in domum illatae non facit ut quis teneatur, si res furto vel alio casu pereat *a*. Depositarius porrò quovis tempore officio suo liberari potest *b*, sicut & deponens repetere rem suam quovis tempore potest *c*: & neq; possessionem, neq; dominium rei transtulisse censetur *d*.

a) *Sich.ad l.1.C.hic, nu.9.arg.d.§.3. Mozz. hic, c.quomodo annulletur depos.nu.9. & seq.* quod ita intelligitur, si nihil à parte deponentis dictum sit: nam aliâs nihil interest an voluntate depositarii in domum ejus inferatur, an ei tradatur, *Castr. Fulg.in l.1.hic.Diss.Io.Andr.in rub.depos.* In nautis tamen, cauponibus & stabulariis verius est, ut ex sola patientia teneantur, *l.1.§.fin.naut.caup stabul. & ibi Dd.* Wesenb.*par. ibid.nu.*5. Si tamen exercitores praedixerint, nolle se teneri, & hospites sive vectores consenserint praedictioni, ipsi sibi damnum imputabunt, *l.7.in fi.pr.ibid. Alex.in l.8.§. morte.6.de op.nov.nunc.col.8.in pr.Diss.Bart.in d.l.7.pr.& in d.l.8.§.6.* Non verò liberatur caupo à custodia, si hospiti clavem camerae dederit, *ut not.glos. & Bart.in d.l.7.n.1. Bald.in rub.C.depos.& in l.4.ubi & Cyn.C.locat.* b) *arg.l.5.§.2.hic.VVes.par.nu.5.* nam ad rem restituendam tenetur, non etiam ad servandam, *vide Cost.in l.1.§.pen.& in l.17.hic.* c) etiam ante tempus pacto fortè constitutum, *l.1.§ 45.& seq.hic.* & quidem reddenda est incorrupta cum fructibus & omni causa, *d.l.1.§.16.* modò id fieri possit, *d.l.1.§.22.hic.Oldend. class.4. act.23.* Sed an per impensas quas fecit depositarius ut depositum conservaretur, retinere illud atq; ita denegare possit restitutionem? difficilis est quaestio. Negantium opinio placet propter *l.11. C.hic.* qua restituendum prius esse depositum dicitur, & integrae servari actiones: itaque deposi-

tarius hoc casu contraria depositi actione suum consequetur, ut rectè sensit Azo *in summ.C.n.*15.Diss.Placent.cujus opinionem Dd.pleriq; *ad d.l.*11.sequuntur. Quod si fideicommissum à depositario rectum sit, quod post constitutionem D.Pii à quovis debitore fieri potest,*l.*77.*de leg.*1.restitutio facienda est illi, qui in fideicommisso nominatus est: qui est casus *l.*26.*pr.hic.*ut pulchrè docet A.Fab.1.*conject.*4. ubi non redditur filio res à matre deposita ut heredi ab intestato, nec quæritur ei actio matris conventione, ut glo.Bart. & vulgò Dd.ibid.existimant.Diss.variè in textu illo explicando recentiores,*vide Nic.Vallum tr.* 2.*de quæst.in jur.contr. Alc.*1.*parad.*1.*&* 1.*dispunct.* 18.*Menoch.arb.jud.quæst.lib.*2.*cent.*1.*cas.*93.*n.*16. An verò actio personæ faciat ut alteri actio adquiratur, alibi excutietur. d) *d.l.*17.§.1. *adde l.*2. §.1.*pro herede, gloss.in c.*2.*eod.*

VI.

Fit tamen aliquando ut non idem specie, sed genere restituatur, ut cùm quantitas non obsignata *a* deponitur, quo casu tacitè actum videtur, reddi debere tantundem *b*: quod etiam dicendum est, si postea convenit, ut depositarius pecunia deponentis utatur *c*.

a) nam si obsignata data sit custodienda, satis apparet deponentem voluisse hoc agere, ut ipsum corpus depositum sibi redderetur, *arg.l.*29.*pr.hic,l.*3. *C.eod.l.*7. *C.de furt.*quibus dicitur furti & depositi hoc casu agi posse: nec unâ directâ perit vel consumitur altera: cùm actio rei persecutoria nõn tollat pœnalem, nec contra,*l.*12. *C.de furt.l.*54.§.3.*eod.l.*7.§ 1.*de condict.furt.l.*45.*pro soc.l.*45.§.1.*locat.* b) idq; propterea, quia res ejusmodi functionem in suo genere recipit,*l.*10.*de reb.cred.Duar.c.*4. *hic.*Wes.*n.*5.*l.*27.*& seq.hic. Mozz.c.de reb. quæ depon.poss.nu.*5. Rectè autem *in d.l.*27.ita legitur: (nulla denunciatione domino facta) quod probat Hot. 5. *obs.* 23. ubi vulgò addita particula A sensus legis pervertitur. c) quod etsi depositi terminos egrediatur, tamen ex conventione cõtractus legem accipit: quod etiam tum dicendum est, cùm de usuris præstandis convenerunt contrahentes,*l.*24.*& seq.*§.1.*l.*26.§.1. *l.*28.*l.*1.§.6.*hic.*Wes.*d.loc.Duar.c.*4.*hic.Sich.ad rubr.C.n.*4.nec est necesse, ut *in d.l.*26.§.1. addatur negatio; nam id tantùm vult JC.eo loco, peti posse usuras ex pacto, quia accesserit bon.fid.contractui in continenti: nec verò degenerare protinus hoc depositum in mutuum, hoc est, non desinere esse depositum, etsi modum depositi excedat. Diversa hæc sunt, non opposita: excedere modũ depositi, & depositum manere.*Diss. Hot.*4.*obs.*10.Adeoq; rectè Dd.hinc inferunt: hoc casu transferri dominium, manere tamen depositum inspecto initio & voluntate contrahentium.*Diss.Bellon.*1.*supput.*7.

VII.

Usuræ autem regulariter non nisi ex mora in restituendo facta à depositario debentur *a*: quas tamen qui accipit privilegiis depositi renunciasse censetur *b*: quæ privilegia sunt: quòd nulla prorsus compensatio admittitur *c*: quod instrumentum depositi paratam habet executionem *d*: quòd condemnato depositario non datur quadrimestre tempus ad solvendum judicatum *e*: quod depositor corporis sive speciei extantis non modò omnibus creditoribus præfertur anterioribus, sed & mulieri *f* præfertur.

a) *l.*24.

a) *l.24.& seq.hic,l.2.C.eod.l.54.locat.* ut in omnibus bonæ fidei judiciis, *l.32.§.2.de usur.l.13.C.eod.* & ideò, quia sortis usurarumq; duæ actiones non sunt, in ipsam depositi actionem illæ veniunt, *dd.ll. Duar.c.4. hic. Old.d.class.4 act.23. Cost.in d.l.24.* b) adeoq; bonis cedente nummulario aliis creditoribus non præferetur, *l.7.§.1.vers. quoties,hic.Azo in summ.C.eod. nu.34.per ibi alleg. vide Duar.d.c.4, Mozz.col.ult.n.13.Tib.Decian.1.vol.consil.11.n.192.Curt.jun.in l.2 pr.col.3.nu.15. de reb.cred.* adeoq; verius est in irregulari deposito non semper inesse veri depositi privilegia, *Bald.cons.384.circa fin.Bart.Socin.1.vol.cons.143.n.15.Kirchov.thes.comm.opin lit.D.verb.depositi instrumentum.Dissent.Dd in l.2 si cert.pet.Rol à Vall.1.vol.consil.17.num.6. & seq.* c) *l.ult.C.de compens.l.pen.C.hic.* quod & ante Justinianum obtinuit Paul. *2.sent.12. & ibi Cujac. vide disp.praced.th.7.lit. D.* d) adeoq; non potest objici pecuniæ non numeratæ, sive rei non datæ exceptio, *l.14.§.1. & ibi Bald.C.de non num.pec.d l.pen.C. hic.ubi Bart.& Dd.Ant.de Canar.in tr.de execut.instr.num.17.vers.septimò quæritur.Rol.à Vall.d.cons.nu.1.* communem ait Kirchov. *d. loc.Alex.in addit.ad Bart.in d.l.pen.nu.2.C. hic.Mathesil.in suis singul.notab.6.Coler.tr.de process.execut.p.3.c.1.num.20. Diss.Bald.in d.l.penult.& Felyn. in c.cum olim, de accus.ut eos refert Alban. in addit. ad Bart. in rubr. hic.* e) *Wurmbs.pract.obs.tit. 23.obs.1.* licet id aliàs debitoribus ad solvendum judicatum competat, *l.2.C.de usur.rei jud.* sed ubi juratum est in litem, quod fieri in directa depositi actione potest, *l.1.§.26.l.5.hic.* illicò tenetur restituere, *arg.d.l.1.§.22.d.l.pen.verb.illicò,C.hic.* f) quia possessionem & proprietatem rei depositæ retinuit: & quia aliud est rem credere, & custodiam rei credere, pulchrè Vaud. *1.var.q.21.in fin.* quem sequitur Bocer. *hic,th.32.per l.5.§.10.ut in possess.leg.ubi vide not.Gothofr. Diss.Acc.in l.12.C.qui pot.in pign.*

VIII.

Sequestratio *a* est rei litigiosæ à pluribus *b* facta depositio *c*: quæ ab arresto multùm differt *d*: & fit vel conventione partium *e*, vel jurisdictionis necessitate *f*: illa regulariter permissa est *g*: hæc regulariter prohibita *h*, certis tamen casibus indulgetur *i*.

a) dicta à sequestro, qui est is apud quem ejusmodi fit depositio. *l.110. de V.S.l.5.§.1.l.6.17.§.1.hic,l.5.fam.ercisc.* sequester autem non simpliciter à sequendo, sed quod sequenti eos qui contendunt, committitur, *d.l.110.ubi Gœdd.num.4.Diss.Alc.& Brech.ibid.Diss.aliter Oldend.tr. de except. c.50.* qui post Guiliel. & Cuman. sequestrum interpretantur arbitrum, quò recidit etiam Jac.Curt. *1.conject.5.* qui sequestrum putat dici, quod eos, inter quos rixa est, velut medius secat & dirimit. b) quo differt à deposito in specie sic dicto, *vide sup.th.4.* c) *d.l.110.d.l.5.§.1.& 2.d.l.17.§.1.hic,l.5.§.1.vers.sed si nec ipsi,ut leg.nom.cav.Gœdd.ad rub.tit.de sequestr poss.& fruct.nu.8.& in d.l.110.nu.2.* ubi eleganter contra multos probat perfectam esse definitionem *in d.l.110.* traditam. Addo & alteram differentiam sequestrationis à deposito speciali, quòd sequestrari etiam possunt res immobiles, *Azo in summ.C.hic,n.5. Moz. hic,c.1.nu.1.& 5.Vult.d.c.33.in fin. facit Clem.un.de seq poss.& fruct.Ord Cam. p.2. tit.12.§. ob auch in obberührtem fall. Diss.Gœdd.ad d.rubr.n.9.* d) *Molin ad cons.Paris.p.2.gl.1. verb.arrest.n.1.& seq. Lagus in meth.jur p.5.c.52.de exec.rei judic.nu.23.Gœdd.d.loc.num.19.& seq.Diss.vulgò Dd.Ferrar.in form. libell. sequestri sive saxamenti. Bart.ad l.litibus,C.de agric.& cens.* e) *d.l.5.6.17.hic, d.l.5. fam. ercisc.* f) *l.un.C.de prob.pec.seq.ubi Dd.l.7.§.fin.ubi Ias.& Cost. qui satisd. cog. d. Clem.un.& c.1.2.3.hic.* vide de hac distri-

diſtributione & Jac. de Aren. *tr. de ſequeſt. n. 2. & 3. Coraſ. 3. miſc. 2. Mynſ. 5. obſ. 35.* g) *d. l. 5. & 6. hic. Dd. ad d. l. un. Coſt. ad d. l. 7. §. fin.* imò ad eam lex hortatur, *d. l. 5. §. 1. ut legat. nom. vide Gœdd. d. c. 1. num. 102.* h) *l. un. C. de prob. pec. ſeq. ubi vulgò Dd. Mynſ. d. loc. Geil. tract. de arreſt. c. 1. nu. 7. Coraſ. d. c. 2. num. 6.* cujus veriſſimæ ſententiæ rationes eleganter collegit Gœdd. *d. tr. c. 1. nu. 83. Diſſ. Rob. 1. ſent. 5. & Cujac. parat. C. ibid. quos refellit Gœdd. d. c. 1. nu. 91. & ſeqq.* i) *vide l. 5. C. quor. appell. & not. Goth. ad d. l. un.* & qui ſequeſtrationis juſtitiam defendere vult, eam jure in ſuo caſu permitti docere debet, *Weſ. 1. conſ. 7. n. 6. & ſeq. vide Vant. tr. de nullit. proceſſ. c. de def. proceſſ. n. 118. Gœdd. in diſp. de ſequeſtr. th. 19.*

IX.

In voluntaria ſequeſtratione poſſeſſio rei transferri poteſt *a*, quo caſu uſucapio partium interrumpitur *b*. Valet etiam conventio, ut certa die ſatisfactione non ſecuta omnia debitoris bona ſequeſtrentur *c*. Et ſi Eccleſiæ vel beneficii, cui jus patronatus adhęreat, facta ſit ſequeſtratio, poſſe interea ſequeſtrum conferre verius eſt *d*: quod & ad poſſeſſionem territorii, caſtri, vel juriſdictionis ex nova Imperii conſtitutione vice Recredentiæ (ut vocant) ſequeſtratam benè videtur applicari *e*.

a) *l. 39. de adq. poſſ. d. l. 17. §. 1. hic. Gœdd. d. diſp. th.* 50. & accuratiſſimè *in c. 1. hic. num. 115. & ſeqq. uſq; ad num. 132. Boc. hic, th. 39.* Bart. tamen *in d. l. 39. Cyn. in d. l. un. C. de prob. ſeq. pec. & vulgò Dd.* videntur loqui infinitè, quaſi in omni ſequeſtro voluntario tranſeat poſſeſſio. b) in quo uſus apparet axiomatis proximè præcedentis: nam cum cuſtodia tantùm partium voluntate transfertur in ſequeſtrum, eo caſu uſucapio procedit, *d. l. 30.* Unde omninò concludendum eſt, non aliter tranſire poſſeſſionem, niſi partes hoc velint: in dubio autem voluiſſe exiſtimo, *arg. d. l. 17. §. 1.* c) *glo. in l. un. C. de theſaur. lib. 11. & in l. 1. C. qui bon. ced. Ferrar. in d. form. libell. arg. l. 50. de pact. l. pen. C. eod. Gœdd. d. diſp. th. 15. & d. c. 1. n. 113.* d) *gloſſ. in d. Clem. un. Innoc. & Andr. Barb. in c. examinata, de jud. Deciſ. Rota in novis 334. Coſt. in d. l. 17. hic. Lambert. tr. de jur. patro. lib. 1. p. 2. q. 9. art. 3. Villal. in com. opin. lit. S. n. 52. Coraſ. d. c. 2. n. 16. Gœdd. d. diſp. th. 51. & in c. 2. nu. 59. hic. Duar. lib. 3. de benef. c. 10. Diſſ. Hoſt. Ant. de Butr. Panorm. in d. c. examinata: & alii, ut Corſet. ib.* & hanc opinionem communem dicat. e) *Ord. Cam. p. 2. t. 21. d. §.* ob auch in obberührtem fall. *Gœdd. in d. diſp. th. 52. & in d. c. 2. n. 62. per ea quæ tradit Coraſ. d. loc. & arg. d. Clem. un.*

X.

Hic igitur ſequeſter rem ſibi commiſſam diligenter cuſtodiet *a*: diſtrahendi etiam, ſi ita uſus ferat, poteſtatem habebit, ſic tamen, ut hoc caſu pretium deponat *b*: & finita ſequeſtratione *c* rem bona fide reſtituet, atq; id quod vel pacto vel judicis ſententia continebitur, implebit *d*.

a) quia enim ſequeſtrum eſt depoſitum, ideò in id venit diligens cuſtodia, ut toti generi depoſiti communis, *arg. l. 1. pr. hic, l. 32. & c. hic, d. §. 3.* b) quod admittitur in rebus quæ ſervando ſervari nequeunt: aut quarum diuturnior cuſtodia diſpliceret bono patrifamilias, *facit c. 2. hic. Dd. ad d. l. 7. §. fin. qui ſatiſd. cog. l. fi. C. de ord. cog. Bart. in d. l. 39. nu. 3. de adq. poſſ. Gœdd. d. diſp. th. 48.* c) quod fit vel conditione eveniente, *arg. d. l. 1. §. 22.* vel mutuo conſenſu, quo tamen caſu cognitione judicis

judicis & justissima causa opus est, adeoq; actione depositi sequestraria contraria id sequester consequetur, *facit l.5.§.2.hic. Gœdd.d.disp.th.fin.* d) *d.l.5.§.2.l.11.§.2.c.3.hic,d.Clem.un.Gœdd.d.disp.th.53.*

XI.

Judicialis sequestratio fit autoritate judicis parte invita *a*: & quidem tantùm ex causa vel prodigalitatis *b*, vel denegatæ cautionis *c*, vel status incertitudinis *d*: non metus armorum *e*, non metus sævitiæ mariti *f*. Cæterùm pendente lite & durante sequestratione parti agenti sumtus ad litem & alimenta necessaria ex fructibus porrigi humanius est *g*.

a) *d.l.un.d.l.7.§.fin.qui satisd.cog. Ang. tr. de sequestr. Arn.ab Haërsolt.in advers. act.p.3.act.29.n.3.* b) quò pertinet *c.3.de seq.poss.& fruct.& ibi Gœdd.num.4.& seqq.* quod ut obtineat necessaria est dilapidationis probatio à parte ejus qui sequestrum impetrat, vel saltem ut notoriè constet, *arg.c.2. de dol. & contum.* aliàs juratoria cautione reus suspicionem purgare potest, *Panor.in c.2.de seq. poss.nu.23. Gœdd.ibi. n.27.* c) *ut in d.l.7.§.fin.l.16.§.fin.de off.Præs.* non autem huc pertinent casus *l.1. §.10.de coll.bon.Gœd.d.c.2.n.31.* (*Diss.Rob.d.c.5.*) non casus, *l.20.C.de agr.& cens. Gœdd. d. loc.n.33.*(*Diss.Coras.d.c.2.n.10.*) nec pugnat cum *d.l.20.l.25.C.locat.* si colonorũ species distinguas. *Gœd.d.loc.n.36.* Diss. variè in illis conciliandis Dd. d) *l.fin.C.quib. ad lib.proclam.l.un.C.de assert toll.Gœd.d.c.2.nu.41.* Diss. generatim Rob. *d.c.5.* qui hæc exempla regulæ, non exceptionum esse contendit. e) *Gœd.d.c.2. num.24.& seqq.Don.ad rubr.C.uti possid per d.l.un.c.4.hic,c sæpè,de rest.spol.* nam quod recredentię, hoc est, fiduciariæ possessionis causa id hodie fit, non ex jure Romano, sed nova Imperii constitutione, quæ anno 1555. Augustæ promulgata, & Ordinationi Cam. *d.loc.* inserta est, *vide Geil. 1.observ. 5. & 6.* & de recredentiæ usu in regno Hisp. vide Covar. *1 pract.q.17. Diss.glos.& Dd.ad c.2.hic.Dd.ad l.fin.C.de edict.D.Hadr.Soar.in com.op.lit.S. n.104.Fr.Viv. 1. opin.173.* f) nàm tum uxor curatori committitur, apud quem impropriè deponi dicitur, *arg.l.pen.ubi pup.educ.Diss.vulgò Dd.ex c.transmissa, c.literas, §.fin.de rest.spol.* Diss. à tota thesi variè Dd, quos refert Gœdd. *ad d.c.2.num.53.* g) nimirum si aliud nihil habeat, *l.ult. C.de ord. cogn.* facit, quòd possessio per judiciale sequestrum non adimitur: ergo nec utilitas. *Gœd.d.loc.n.54.*

XII.

Tollitur hoc sequestrum solo judicis decreto *a*, nisi satisdatio interponatur *b* sufficiens *c*: in quo juratoria cautio non sufficit *d*, nisi judex personam fide dignam arbitretur *e*.

a) *d.c.2.d.l.un.Dd.ad d.l.7.§.fi.Wes.d.cons.7.Gœd.d.disp.th.54.* b) *d.l.7. §.fin.l.16.de off.Præs.Bart.in d.l.20..C.de agr.& cens.col.ult.Villa.d.lit.S.Fr.Viv.1.com.opin. 266.Soar.d.lit.S.Coras.d.c.2.in fin.* Quod tamen in beneficii causa limitat Panor. *ad d. c.2.* quia satisdatio grassandi facultatem non adimit, *arg.§.fin.Instit.de susp. tut.* quod sequitur Gœd. *ad c.3.d.t.n.15.& seq.* c) *Ias.& Alex.ad l.1.qui satisd.cog. auth.generaliter,C.de SS.Eccl.Diss.Alber.in d.l.7.§.fi.& alii, quos refert Gœd.ad d.c.3.n.18.* e) qua distinctione modò allegatas opiniones dissentientium conciliat Mynf. *2.obs.11. sequitur Gœd.d.loc.n.20.*

XIII.

Ex omni porrò deposito actiones promanant civiles *a*, rei persecutoriæ *b* & ad heredes transitoriæ *c*. Directa datur deponenti ad rem depositam recuperandam *d*, in qua condemnatio fit interdum in duplum *e*, semper cum infamia conventi ob dolum suum *f*. Contraria datur depositario ad recuperandum id quod ratione depositi ei abest *g*. In sequestrum doli mali & præscriptis verbis actiones non sunt *h*: nec contraria sequestraria actione salarium petitur *i*.

a) partim *ex l. 12. tab.* partim ex edicto Prætoris, quatenus id circumstantias addidit, *arg. l. 1. & passim hic. Diss. Hotom. in comm. ibi.* b) *§. rei persequendæ. 17. Inst. de act.* c) *§. 1. & 2. Inst. de perp. & temp. act.* pro portione hereditaria, *l. 1. § 19. & ibi Dd. hic.* nisi individua sit res deposita, quo casu uni agenti præstita satisdatione restituetur, aut in ædem sacram deponetur, & depositarius omni actione liberabitur, *d. l. 1. §. 34. & seqq. ubi vide.* adde elegantem casum *l. ult. C. hic.* d) *per jura sup. th. 2. 3. & passim allegata.* e) ut si in luce depositum reus neget, *§. sed furti, 26. Inst. de act.* item si necessitatis causa depositum sit, *l. 1. §. 1. & seqq. l. 18. hic.* f) *l. 1. qui not. inf. & dixi disp. 8. sup.* g) *l. 5 pr. l. 8. 12. pr. l. 23. hic. adde Cuj. tr. 8. ad Afr.* h) *arg. l. 1. 2. 3. 4. 5. de præscr. verb. l. 7. de dol. mal.* etsi non negetur cum actione ex contractu posse concurrere, *arg. l. 15. § fi. de præscr. verb. Gædd. d. disp. th. 63. & seq. & d. c. 1. n. 152. & seq. Diss. Bald. & multi Dd. per l. 17. § fi. de præscr. verb. Donell. ad illum tit. c. 2. nu. 1. Boc. hic, th fin.* i) *arg. l. 1. §. 8. & 9. hic. Gædd. d. disp. th. 67. & d. c. 1. n. 171. Diss. Bald. ad l. 9. §. 3. (vulgò est l. si oleum. 10.) de dol. Curt. tr. de sequestr. n. 28.*

DISPUTATIO XXVII.

De mandato, & societate.

Respondente Augustino Polmanno Leowardiensi Frisio.

THESIS I.

MAndatum *a* est contractus *b* juris gentium & bonæ fidei *c* ex consensu *d* de faciendo aliquid gratuito *e*. Hinc qui manum dat sive faciendum recipit, mandatarius *f*, qui verò mandat sive faciendum offert, mandans vel mandator dicitur *g*.

a) à manu data dictum juxta Isidor. quod nostri communiter sequuntur, *Azo in summ. C. n. 1. Bald. in rubr. D. hic. Mozz. de mandat. c. 1. nu. 2. Mynś. Sneid.* Wes. *ad pr. Instit. eod. Hot. in com. hic.* Manus autem fidei symbolum apud omnes ferè gentes fuit: unde manum dare est dare fidem, *vide Hotom. & VVesen. hic. Briss. in lexi. verb. mandare.* b) quia mandati obligatio dicitur, *l. 1. pr.* at illa obligatio ex delicto non est: ex contractu igitur ut sit oportet, *adde l. 2. pr. & passim hic, tot. tit. Instit. eod. ubi Dd.* Impropriè igitur loquuntur Azo, Acc. Bart. Bald. Salic. *ad rubr. hic. Mozz. d. c. 1. nu. 7.* qui mandati genus faciunt officium. Multò minus excusari potest doctrina, *Host. in sum. hic, B. Capr. in regul. concl. 2. nu. 6. Dec. ad rubr. de constit. Princ. num. 30. Rip. ibid. num. 36.* qui manda-

mandatum Principis definiunt jus quod consistit in moribus: quamvis id huc non nisi æquivocè pertinet. c) *l. 7. de pact. l. 6. de just. & jur. l. 1. hic, juncta l. 1. in fin. de contr. emt. l. 1. in fin. de rer. permut.* quod autem bonæfidei sit, docet expressè §. 28. *Instit. de act. & vulgò Dd. ad tit. Instit. eod. Mozz. de contract. c. de divis. contract. num. 25. & d. c. num. 9.* quod verum est ratione formulæ quæ judici dabatur à Prætore: nam aliâs mandatum possit videri stricti juris, quia ejus fines præcisè sunt custodiendi, *l. 5. hic.* quod voluit Rimin al. 4. *vol. consil. 467. nu. 102.* & alii: quos ita concilio præter ea quę tradidit Mozz. *d. c. 1. nu. 10. Socin. jun. 3. vol. cons. 22. nu. 31.* d) quia liberam esse oportet voluntatem recipientis mandatum: & quia recipiens etsi nihil gesserit, ex sola tamen conventione obligatur, *l. 6. §. 1. hic.* e) quia ex officio hoc conventionis genus natum est: nec quisquam ferè mandat nisi amico, Cic. pro S. Rosc. unde in jure nostro mandatarii multoties amici dicuntur, *ut in l. 1. quib. mod. pign. l. 36. de negot. gest. l. 23. de reb. auct. jud. arg. l. 1. §. 4. hic.* ex qua rectè Rayn. Corf. 2. *indagat. 5.* notat advocatos, qui ab amicis officii nomine pecuniam extorquent. Remuneratio tamen sive animi grati à mandante erga mandatarium facta declaratio contractui huic accidere potest, eumq; non vitiat, *l. 6. hic. ubi vide Bald. l. 1. de extr. cogn. l. 1. si mens. fals. mod. dix. l. 38. §. 1. locat.* quia autem huic contractui id necessariò non inest, ideò ex eo honorarii promissi exactio non est, *l. 7. hic, de qua Cujac. 16. obs. 16. l. 1. C. eod. Vult. 1. jurispr 38. num. 17. Ioan. Fab. Ang. Aret. ad §. in summa, Instit. hic. Diss. Accurs. ibid. verb. mercede, circa fin.* cujus tamen sententia eatenus vera est, si pacto in continenti adjecto de honorario convenerit: *arg. eorum quæ dicta sunt sup. disp. 6. th. penult.* Sed quid si omninò incertum sit, quod honorarii nomine promittitur? ne quidem extra ordinem rectè petitur, *l. 56 §. penult. hic, l. 17. C. eod.* Cur enim magis esset actio ex hujusmodi pollicitatione, quàm ex incerta stipulatione, puta ædium, fundi: qui enim tantùm gratum se fore promisit, rem minimam potest præstare, vel tantùm voluntate gratus esse, non obstat *pr. Instit. loc. l. 22. de præscr. verb.* ubi pollicitatio est relativè certa, nec obstat *l. 1. § 10. de extr. cogn. l. 1. C. hic.* ubi certum salarium cautum vel promissum est: nec hinc excipimus advocatos & procuratores ad litem, quorum operam olim ferè gratuitam fuisse colligitur *ex l. 15. C. de procur. Diss. Wesenb. inf. hic.* f) à quo potissimùm hic contractus dicitur, quia postquam recepit, implere cogitur. *Hotom. & Wesenb. in comm. hic.* g) *Vult. d. loc.* & mandator sæpè fidejussoris nomine comprehenditur, *l. 6. §. 2. hic.* differunt tamen, quod mandator semper ante obligationem, *l. 12. §. 14.* & etiam absens rectè mandat, *l. 1. §. 1. hic. vide Cujac. 23. observ. 25. & dissent. ab eo Suerin. 1. rep prælect. 27. adde Duaren. hic, cap. 1. Oldend. class. 4. act. 24.*

II.

Qui contrahere possunt, iidem & mandare *a* & mandatum suscipere *b* possunt: & quidem mandatarius negotium susceptum alteri rursus demandare potest *c*. Quod si plures mandatum receperunt, singuli in solidum quidem obligantur, unius tamen solutione reliqui liberantur *d*.

a) *Azo in summ. C. hic, nu. 9. Mozz. c. de person. int. quas mand. nu 1. Hotom. comm. hic.* aliâs enim autor non fieri, neq; in se recipere periculum posset: unde non mandat furiosus, *l. 2. de procur.* non mulier in causa aliena, *l. 7. ad Vell.* non pupillus sine tutore auctore: qui tamen si locupletior ex mandato fiat, obligatur: quò pertinet *l. 14. §. penult. de religios.* Sed filiusf. vel servus de rebus patris vel domini, vel etiam suis

peculiaribus gerendis mandans, quærit actionem mandati domino, vel in dominum, *l.33. de procur. l.66. de fidejuss. l.3. §.6. de pecul. l.1. C. de furt. Hot. in comm. hic.* Deportatum vel excommunicatum mandare non posse verius est: quia nec ipse gerere posset: & quia post sententiam fisco acquirit, *l.2. C. de bon. proscr. Cujac. ad l.8. qui test. fac.* qui rectè ait *l.22. §.5.* hic accipiendam de relegato, *vide Goth. ib. & in l.7. in fin. de bon. dam.* quam Cujac. *6. obs. 23. ex lib. 60. Basilic.* auxit. *Diss. per d.l.22. §.5. gl. Bart. & vulgò Dd. vide Cost. ibi. Moz. d.c. nu.13. Forc. in necyom. dial. 89. nu.6. Tob. Non. ad pr. Inst. de test. Gomes. ib. n.40.* quidam ad negotia tantùm mandare posse putant, *arg. l.17. §.1. de pœn. l.15. de interd. & relig.* b) etiam filiusf. *l.12. §.6. l. pen. hic, l.46. de neg. gest. Cujac. tr.7. ad Afr.* etiam mulier, modò non mandetur ei virile negotium, *facit l.7. §.1. de inst. act. l.3. de neg. gest. l.10. §.6. hic, & ibi Bart.* non servus, ne quidem si bona fide serviat, *l.19. §.2. de neg. gest.* si tamen sciens se esse liberum non necessitate servili gerat, aliud dicendum est, *l.13. §.2. commod. arg. l.19. in fin. de adq. dom. Diss. Azo. vide sup. disp.10. th.4.* c) quod de extrajudicialibus indistinctè verum est: de quibus solis negotiis hîc agimus (in judicialibus quid sit, *vide sup. disp.9. th.6. lit. A.*) *l.8. §.3. ubi pulchrè Bald. & Cost. hic, l.28. de neg. gest. c.1. §. fi. de proc. in 6. Old. class.4. act.24. c.4.* d) *l.60. §.2. ubi Salic. Bart. & vulgò Dd. hic. Mozz. c. de natural. mand. n.32. Diss. glos. in d.l.60. §.2.* quæ vult eum prius conveniri debere, qui gessit.

III.

Mandantur porrò facta *a* sive res futuræ *b*, honestæ *c*, & licitæ *d*. Turpis verò vel injustæ rei mandatum adeò non est obligatorium *e*, ut ne juramento quidem illud confirmetur *f*: & eadem pœna mandatarius ac mandans afficiuntur, si mandatum tale impletum fuerit *g*.

a) quo ipso etiam mandatum distingui à locatione potest: quod in mandatum omnia facta honesta & licita veniant: non item in locationem, *Vult. d. c.39.* b) *d.l.12. §.14. hic.* quod tamen rectè ita limitatur, ut si ratum habeat cujus negotium geritur, & de cætero mandet, teneatur actione mandati contraria etiam quoad præteritum, *facit l. licet 56. ubi Bart. Ang. & vulgò Dd. de judic. Bart. in d.l.12. §.14. B. Capr. in reg.54. Natt. 1. vol. consil.142. num.2. Cacher. decis. Pedemont.138. nu.9. Mozz. c. de substantial. mand. num.2.* Sed an de re incerta mandatum valet? Verissima est distinctio Salic. *in d.l.2. §.3. hic.* si res & pretium sit incertum, non valere mandatum: si res certa sit, valere, *l.3. §.1.* (ubi vocabulum: aliquam: ad rem certam refertur) hîc. *Dissent. gl. in d.l.3. Bart. in d.l.2. §.3.* c) *l.6. §.3. & 7.* (in quo §. 7. non opus est addi negationem, quia Ulpia. non dicit, quid sibi de jure, sed quid de facto ipso & voluntate Marii Pauli sibi videatur. *Diss. Hotom. 5. obs.20.*) *l.12. §.11. hic. §. illud quoq. 7. & ibi. Mynsi. Inst. eod.* d) *l.23. §.6. hic, l.26. de V.O. l.1. & t.t. C. ad SC. Maced.* e) *dd. ll. quib. adde l.37. de minor. Wes. num.5. hic.* Interim tamen non opus est, ut hæc rei qualitas definitioni Logicæ mandati insit: quia, ut rectè docent Philosophi, multa sunt in re definita, quæ non sunt in definitione, scilicet expressè. Itaq; Azo rectè reprehendit definitionem Placent. & Rayn. qui mandatum definiebant officium honestum: sed non addit rectam reprehensionis rationem: quia etiam de re inhonesta fit mandatum, licet non obligatorium: quod sequitur Mozz. *c.1. n.4.* Nam in jure paria sunt non esse, & nullius valoris esse. f) *c. non est obligatorium, de R.I. in 6.* Quin & illud receptum est, ut si mandatarius pœnam delicti nomine præstiterit, eam à mandante recuperare nequeat: quia lex fingit illius nihil interesse, *arg. l.203. de R.I.*

de R.I.vide Fab.ad d.§.illud quoq; hic.c.quod quis, 86.de R.I.in 6. g) *Clar.li.5.§.fi.q.89.n.1.*ubi multos pro hac sententia allegat, quam communem dicit Soa. *in lit.M.n.47.* Diss. aliqui distinguendo, an mandatarius aliâs fuisset facturus, nécne. Quid si quis mandet vulnerari, & mandatarius occidat, an mandans tenebitur de occiso? Omninò: *per c.fin.de homic.in 6. Menoc.2.arb.jud.cent.4.cas.152.n.2.Clar.d.q.89.n.4.Diss. Dec.consil.482.n.16.& consil.622.circa fin.Fathin.1.controv.36.*quæ sententia fortè de jure civili est verior, *l.1.§.3.l.7.14.16.de sicar.* Secus erit, si mandet alapas infligi. *Clar q.89.n.5.Soar.d.lit. M.n.49.* Sed si primò offensi famulus vel amicus offendentem occidat, & mandatum non probetur, humanius est illud non præsumi intervenisse, *arg.l.4.C.de edend.l.23. C.de probat.Clar.d.q.89.in fin. Diss.Bart.in l.si ventri,§.fin.n.1.de privil.cred.commune ait Placa. lib.1.delict.c.15.n.5.vers.hu sanè.*

IV.

Præterea suâ naturâ mandari non possunt actus legitimi *a*, ut aditio hereditatis *b*, emancipatio *c*, adoptio *d*, tutoris datio *e*, acceptilatio *f*, servi optio *g*.

a) qui nihil aliud sunt, quàm legis actiones solennes, expediendæ coram illo cui id specialiter lege indulgetur: unde etiam legitimi appellantur: *arg.l.2.& 3.de offic.Proconf.vide Duar.ad tit.de jud.in c.de judicibus datis. Diss.Bart. Dec.& pleriq; Dd.ad l.77.de reg.jur.* qui legitimos actus vocant omnes eos, qui à lege approbantur. *Aliter Dyn.ad c.50.de R.I.in 6.* qui legitimos appellari putat à quacunq; juris parte: *aliter Zas.ad d.l.56.§.fin.n.3.* quod per legem inventi: sive quod in mero jure radicantur, *idem Zas.ad l.3.n.18.si cert.pet.aliter Cuj.15.obs.36.in fi.* quod ex usu solennis juris: adde his omnibus Hot.*ill.q.32.* Legis actio generalior, & complectitur etiam ea quæ lege aliqua aguntur apud eum qui jure magistratus ejus actionis jurisdictionem habet. Sic vocatio in jus, litis contestatio, appellatio, legis actiones sunt: actus legitimi non sunt, adde Hot. *ill.q.32.Diss.Cujac.d.obs.16.* Quod verò in *l.123.pr.de R.I.* dicitur, id puto ad juris veteris subtilitatem referendum, ut uni quæsita actio in alterum, nisi per cessionem (cui hodie æquivalet mandatum. *Hot. 1.amic.resp. 30.in fin.*) non transferatur: & quia desumta est ex Paul.*lib. 14. ad edict.*ex quo itidem sunt *l.1.6.8.de inoff.test.* pertinere existimo ad quæstionem: an pater filii nomine instituere possit querelam inofficiosi. *Diss.variè gl. Bart. Dec. & vulgò Dd.*in applicando, & in explicando. b) *l.90. de adq.her.* ubi rectè vulgò legitur: per procuratorem. *Cuj.1.obs.34.Hot.2.amic.resp.34.& in com.hic.arg.l.1.§. ult.de off.proc.Cas.ubi gl.Bart.& vulgò Dd.& arg.l.26.ibi: statim, &c.de adq. her. Don.7.com.9. l.77.de R.I.* (in qua lect. Flor. probamus cum Cuj.15. *obser.16. contra Hot.d.q.32.*) *Dissent.Duar.2.disp.27. & in t.de adqu.her.* c) *§.11.Inst.de her.ab intest. Paul.2.sent.25.§.4.Cuj.15.obs.16.* d) *l.24.& l.seq.de adopt.vide sup.disp.2.* e) *l.6.§.1.de tut.§.1.Inst.de Attil.tut.l.8.de tut.& cur.dat.* f) *l.13.§.pen.de acceptil.l.3.eod.* ubi rectè legitur: sine mandato: quia si mandatum præcesserit, & per procuratorem novatum sit, procedet acceptilatio. *Cujac.15.obs.16.Diss.Hot.d.q.32.& 1.amic.resp.30.* g) *arg l.5.8.20.de opt.leg.l.5. de legat.1.Cuj.d.c.16.Diss.Hot.dd.loc.per l.66.de proc.& l.17.rem rat.hab.*quæ de stipulatione alternativa, non de optione loquuntur: item *per l.pen. de opt. leg.* ubi per matrem fit, quia ita jusserat testator. His omnibus Dyn. *in d.c.50.n.2.* rectè addit electionem seu postulationem prælatorum, *vide Hot.in sum.ad tit.de elect.*

V.

Mandatum itaq; ratione rerum aliud est generale *a*, & quidem vel cum libera totorum bonorum administratione *b*, vel sine illa *c*: aliud speciale *d*. Ratione formæ aliud tacitum est *e*, aliud expressum *f*: ratione finis aliud alterutrius *g* contrahentium tantùm, aliud alterutrius & extranei *h*, aliud utriusq; contrahentis gratia initur *i*.

a) cùm genus aliquod sive universitas quædam negotiorum mandatur, *l. 58. & seq. l. 63. de proc. l. 6. §. 6. hic.* de cujus sensu post Bart. & Dd. vide Bello. 4. *supput.* 7. b) *d. l. 58. & ibi Bart. Cost. &c.* Non tamen tantum valet tale mandatum, quantum valeret speciale in iis casibus, in quibus speciale mandatum exigitur, *Mozz. c. de divis. mand. n. 56. Diss. Bal. in l. illud. §. 1. de minor. Ang. Aret. §. ult. n. 3. Inst per quos ag. poss. Tiraq. de retract. lignagier. §. 1. gl. 13. nu. 32. Vant. tr. de nul. tit. de nul. ex defect. mand. num. 87.* c) *per d. l. 63. de proc. ubi Dd.* d) quod est unius alicujus & certæ rei: & plus potest quàm generale, *gl. in l. 40 pr. de proc.* Et ideò multi sunt casus, in quibus omninò speciale mandatum exigitur, *c. qui ad agendum, 4. & 5. de procur. in 6. & ibi gl. & Ph. Franc.* quos collegit Mozz. *d. loc. n. 11. & multis seqq.* Diss. ab hac divisione aliqui, qui tria mandati genera faciunt, *Salic. in l. inter. 26. nu. 2. hic. Ruin. 1. vol. cons. 115. quos refellit gl. in d. l. 63. & Bald. in l. 1. C. de bon. mat.* e) *l. 6. §. 2. l. 18. 53. hic. l. 6 C. eo. l. 60. de R. I. Mozz. d. c. n. 70. B. Capr. concl. 55. gl. & Dd. in d. l. 18. Bal. in d. l. 6. Cephal. 1. vol. cons. 26. n. 13.* f) inter absentes etiam per epistolam, *l. 1. §. 1.* cui consensisse videtur is qui eam accepit & non contradixit. *Ph. Corn. 3. vol. cons. 319. n. 5.* g) aut mandantis, *l. 2. §. 1.* aut mandatarii, quod potius consilium est, & in delictis semper obligat. *l. 1. de ext. cog. l. 3. §. 3. de serv. corr.* in contractibus tum, cùm aliâs contracturi non essemus, *l. 6. §. 5. hic.* vel fraus concurrat, *l. 8. de dol.* h) *d. l. 2. §. 3. & 4.* i) *d. l. 2. §. 4. Vult. d. c. 39. Moz. d. c. n. 94.*

VI.

Causam mandati pactione in causam crediti converti posse verius est *a*. Solvitur mandatum re adhuc integra voluntate contraria *b*, aut morte alterutrius *c*, & aliis quibusdam modis *d*. Si autem dissolutum non fuerit, omninò implendum est *e*, & fines ejus diligenter custodiendi *f*.

a) ut ita prævaluerit Ulp. sententia *in l. 15. si cert. pet. ubi Don. Cuj. tr. 8. ad Afr. post Fulgos. in explicatione l. 34. hic.* ubi Africanus non vult fictionem brevis manus recipiendam in altera persona, *A. Fab. 1. conj. 18. & 3. conj. 19.* quæ olim fuit solutio Jac. de Belvis. *ad d. l. 34.* ut refert Alban. *in add. ad Bart. in d. l. 15. n. 20. Diss. vulgò Dd. Bart. & plerisq; in d. l. 34.* pecuniam non extitisse: *Alex. ib. n. 30.* extitisse apud alium: & aliter Accurs. *in d. l. 15. aliter Coras. 6. misc. 16.* quem sequitur Cost. *in d. l. 15. aliter Rob. 2. sent. 4. & 5. aliter Hot. 1 obs. 34.* qui *in fi. pr. d. l. 34.* addit negationem, rectè reprehensus à Rob. 1. *rec. lect. 12. adde Connan. 7. comment. 1. n. 11. vide sup. disp. 20. th. 3.* b) *l. 21. de procur. l. 12. §. 16. hic, c. quamvis, 2. in pr. de R. I. in 6. § rectè Inst. hic, ubi rectè Fab. num. 2.* quia re integra nondum cœpit nostra interesse. *Mozz hic, col. 7. nu. 1.* & quando res dicatur integra post Dd. tradit ibid. *nu. 2.* c) sive civili, ut vulgò Dd. tradunt *in l. 17. de procur. Mozz. d. loc. nu. 18.* sive naturali, *l. 27 pr. l. 27. §. 3. l. 58. hic.* vide tamen Ant. Gabriel. *tit. de proc. concl. 2. Seb. Medic. in tr. Mors omnia solvit, p. 2. concl. 64. & latè Mozz. d. loc. nu. 20.* sed utilita-

utilitatis tamen causa adhuc mandati actio competit, si mors ignoretur, *d.l.26.pr. & ibi gl.* d) ut mutatione status in deterius, *c.si quem, de procur. in 6. latè Ias. in l.11.§.2. si cert. & in l. sancimus, n.4. C. de test. Ant. Gabr. d. loc. num.7.* ubi rectè volunt, tali casu ipso jure revocatum censeri. *Diff. Cyn. in l.57.q.3. hic, vide Mozz. d. loc. nu.9. & seq.* adde valetudinis adversæ, inimicitiarum capitalium, & alias causas, *l.16. cum seqq. hic. Wes. n.11. de proc.* e) *l.22.§.fin. & ibi Dd. hic. Wes. nu.8. Sich. ad rub. C. hic. Geil. 1.obs.46.nu.3.* f) *l.3.§.1.l.5.pr. l.41. hic.* Quid si infinitè datum? bona fide definiendum intelligitur, *l.35.46.60.§.fin. hic.* Definitio tamen hæc non tam ad formam superficialem quàm ad effectum referetur, ut docent Bald. Imol. Alex. Rom. Jas. *in l.25.§.7. de adq. her. Tiraq. de retract. lignagier. §.36. gl.2. nu.59.* ubi plures allegat. Et mandatum ad unum trahitur ad alia, sine quibus illud haberi nequit, *arg. l. fin. de off. ejus.* & mandatum habens ad vendendum videtur etiam habere ad precium recipiendum, *Bart. in l.59. sol. matr. Diff. Rom. sing.23.*

VII.

Actio mandati directa datur mandanti cum ejus interest *a*, in quam dolus & culpa *b* etiam levissima *c* venit, & ex ea ob dolum suum condemnatus fit infamis *d*. Contraria datur mandatario ad recuperandum id, quod ex causa mandati ei abest *e*, in quam etiam casus fortuitus venit, quem mandantis culpa præcessit *f*. Eadem actione juxta mandati fines experietur, qui eos excessit *g*, imò & in id quod ultra utiliter gessit, negotiorum gestorum aget *h*.

a) *l.6.§.4.l.8.§.6.l.22.§.1.l.16. hic, Cuj.17.obs.29.l.13.C.eod.* b) *Vult.2. Jurisp.9. Old. class.4. act.24. Wes. par. n.10. Dua. hic, c.2. Venat. ad tit. C. hic, n.3. & seq.* actiones itaq; cedere debet mandatarius, *l.8.§.5. & §.fi. l.28.45.§.5. hic, Wes. n.8. de procur.* c) *l.13. & ibi gloss. l.20. C. de proc. Geil.1.obs.45.n.4. & 5. pulchrè Vult.1. discep. schol.15. Delr. ad l.23.c.7. ubi pulchrè P. Fab. de R.I. Soar. lit. M. n.35.* qui tamen post Dd. hoc ita declarat, si res talis sit quæ exactissimam diligentiam requirat. d) *l.6.§.5. qui not. inf. §. ex quibusdam. Instit. de pœ. i. tem. lit. Wes. hic, nu.10. Duar. d.c.2.* e) *l.12.§.7. & 9.l.54.§.fi.* ut quod necessariò vel utiliter impendit, *l.10.§.9.l.12.§.9. Cost. in l.4. hic.* etiamsi feliciter non successerit, *l.4.C. eod.* aut dominus minori sumtu confecturus fuisset. *l.15.20.26.§.6. hic. Moz. hic, col.4. num.20. & seq.* f) *l.26.§.7. hic.* ubi rectè A. Fab. *3. conject.5.* emendat: culpa mea: pro, tua: idque sequentia satis confirmant: Quod si ego scissem, &c. ideoq; si culpa mandatarii sit facientis quod mandator non faceret, aliud dicemus, *l.61.§.5.87. de furt. Diff. gloss. Bart. & vulgò Dd. in d.l.61. Dua. hic, c.3. Cost. in l.2.§. si conservatus, ad l. Rhod. Sich. ad rubr. C. hic, in fin. Hot. in com. hic. Cuj. tr.8. ad Afr.* g) *l.4. ubi Cost. l.33.l.45.§.6.l.fi.§.fi. hic. Bart. & Salic. in l.5.C. Rol. à Vall.4. consil.53.n.29. Cuj.12. obs.34. Sich. ad d. rub.* h) *l.2.45. de neg. gest. Duar. c.1. hic. Sich. ad l.1.C. hic, n.3. Fab. ad §. is qui exequitur. Inst. eo. Diff. Bulg. Io. & multi veteres eos secuti in d.§. per l. ult. C. de neg. gest. l.31.§.4. eo. l.37.§.1. de pecul.*

VIII.

Societas est contractus *a* ex consensu *b* de re *c* utrinq; communiter *d* habendus *e*: quæ vel totorum bonorū est generalis *f*, vel quorundam specialis

cialis *g*. In illa quod unus ex sociis filiæ in dotem vel filio in subsidium studiorum dedit, imputari societati verius est *h*.

a) *arg.l.52.§.8.l.5.pr.& passim hic.* nam gl.& Dd.item Dua.*c.1.pr.hic.* dum conventionem nominant, non ponunt genus proximum: est autem bonæ fidei hic contractus, *§.28.Inst.de act.Salic.in l.3.§ fin.hic.* b) *l.2.de obl.& act.* sive tacito, h.e. re, sive expresso, h.c. verbis declarato, *l.4.19.hic.Mud.in l.7.eod.Sich.ad rub.C.num.5.P.Fab.ad l.47.de R.I.in fin.Wes.cons.38.n.28.* Unde fratres simul bonis parentum indivisis habitantes socii non præsumuntur, *arg.l.39.§.3.fam.erc.Bart.in l.4.n.9.C.comm.utr.jud.Menoch.2.arb.jud.cent.2.cas.127.n.15.Mascar.vol.1.concl.31.à n.1.ad 10.Soar.lit.S.num.125.* nisi omnia lucra communicent sine rationum subductione, etsi nullus eorum negotietur, *arg.l.52.§.6.hic.Bald.in d.l.4.n.14.Ias.in l.1.C.qui test.fac.n.7.Diss.Bart.d.n.9.* c) res intellige generatim, sive corpora sint, sive facta vel operæ, *l.1.C.hic.* & has impensis communibus etiam domi conferri oportet, *l.60.§.1.l.seq.l.67.§.2.hic.Cyn.Ang.Sich.in l.1.C.eo.Diss.Bald.ibid.Sneid.in §.de illa,in fin.Inst.hic.* Item, res vel facta honesta esse oportet, *arg.tit.de colle.illic. Mozz.de divis.soc.n.11.* d) *l.1.§.1.l.3.§.1.l.7.& seqq.l.31.52.§.2.* nisi partes adjectæ fuerint, æquales esse debent in lucro & damno proportione Geometrica, *l.29.pr.hic.Wes.n.6.Menoch.2.arb.jud.cent.2.cas.125.nu.4.& 5.* quatenus lucrum vel damnum ex ipsa societate per se resultat, *l.60.hic.* & partes expressæ, licet inæquales sint, servandæ veniunt, *l.20.pr.* modò plus contulerit, qui plus lucri aufert, *Azo ibid.Diss.Io.gl.vide Covar.3.var.resol.2.nu.3. Gomez.tom.2.c.5.nu.5.* e) *Vult.1.Iurispr.37.* Diss. variè Dd. quorum definitiones examinat *Boc.th.1.& Mozz.c.1.hic.* f) quam tacitè constitui non posse existimo, *l.3.§.2.l.4.* nam simpliciter coita tantùm ad quæstum communicandum tendit, *l.7.8.&c.hic.Rol.à Vall.1.cons.90.nu.28.& seq. Menoch.1.cons.12.n.10.ubi vide alleg.Diss.Bart.Bald.Ias.& Dd.pleriq.Soar.lit.S.nu.124.* g) qua constituta ære alieno per socium socius non obligatur regulariter, *l.52.§.15.l.82.hic.Wes.cons.31.nu.27.vide Bocer.hic,th.41.* Diss. de speciebus societatis Dd. *vide latè Moz.c.2.hic.* h) *l.81.73.§.1.hic.Menoch.2.arb.jud cent.2.cas.127.Rol.à Vall.1.cons.91.per tot.& Bart.de Hieron.in cons.hac de quasi.scripto, ubi accumulat multos alios. Diss.Bald.Alberic.Fulgo.Rom.Castr.Alex.Socin.Corn.Ias.Crot.Paris.&c.ut Pet.de Vbald.tr.de duob.frat.p.6.q.9.* dicat, utramq; opinionem sine peccato teneri posse. Sed sanè textus *l.73.§.1.* affirmantem sententiam satis firmiter probare videtur: *adde arg.l.67.§.1.hic. Cuj.23.obs.27.in fin.l.52.§.fin.hic.l.39.§3.fam.erc.*

IX.

Si unus pecuniam, alter operam conferant, pecuniæ casu amissæ damnum pro rata ad alterum spectabit *a*: sed tamen pacisci potest ille qui solus pecuniam confert, ut sorte sibi salvâ reservatâ socius tantùm lucri partem ferat *b*. Cogi porrò ad societatem heredes nequeunt *c*, etsi testator jusserit *d*.

a) *Sneid.in d.§.de illa, nu.6.gl.in l.1.C.hic.P.de Vbald.d.tr.p.8.n.42.l.52.§.3.* (ubi malè Gilb. Reg.2. *leg.concil.20.* legit, prudentibus, *vide Rob.2.rec.lect.31.* (*Diss. Salic.in d.l.1.n.3.Bald.n.6.Castr.n.2.C.eod.Geil.2.obs.24.Covar.d.c.3.n.2.Soar.lit.S.n.126.* b) *Sneid.d.loc.n.5.Geil.2.obs.24.n.6.Sich.& Dd.vulgò in d.l.1.C.hic.Diss.gl.ibid.Bald.in d.l.4.Ang.tr.de duob.frat.q.12. Covar.d.c.2. arg.l.58.pr.& §.1.l.51.§.4.hic.* c) *l.70.l.59.pr.hic,l.14.§.2.commu.divid. vide tamen Cuj.10.obs.25.* d) imò etsi juramento firmata

firmata sit, *vide not. Goth. ad l. 52. §. 9. hic*, *Geil. d. obs. n. 7. Cost. in d. l. 14. Boër. decis. 87. nu. 7. Mozz. col. 4. n. 28. hic. Io. Fab. ad §. solvitur. Inst. hic*, *n. 1. Gabr. Mud. in l. si convenerit, hic, nu.* 11. vide tamen per discursum quæ tradit Toming. *decis. 13. Tessaur. decis. 242.*

X.

De administratione sua socius tenetur rationem reddere socio quandocunq; *a*: de damno infecto cavere sibi mutuo coguntur, cùm æquale subest periculum *b*: cùm verò duo socii per institorem negotiantur, non pro collatæ sortis quantitate, sed in solidum tenebuntur *c*. Major autem sociorum pars reliquis reluctantibus actum inconsuetum facere, puta locare rem locari non solitam nequit *d*.

a) *arg. l. 9. pr. de edend. Bald. in rubr. C. hic*, *n. 1. Diss. Bart. in l. neminem. C. de suscep. prep. lib.* 10. *Ias. §. sequens. Inst. de act. Cap. Tholos. q.* 447. *P. de Vbald. d. tr. p. 12. in fin.* nec facit huc conciliatio Mozz. *d. col. 4. nu. 29.* b) *facit l. 39. de dam. infect.* ubi Pompon. duobus casibus ait necessariam esse inter socios de damno infecto stipulationem: quasi aliis casibus non quidem necessaria sit, sed tamen utiliter interponi possit, *l. 43. §. 1. eo. vide pulchrè Ant. Fab. 2. conject. 9.* Diss. vulgò Dd. omnes, qui *in d. l. 39.* putant sermonem esse de damno facto sarciendo: nec rectè Acc. qui negat in re communi damnum posse contingere, *vide par. 2. disp.* 18. c) *l. 4. §. 1. ubi Bart. de exerc. act. & in l. eandem, de duobus reis, n. 7. sequitur ib. Ronchegal. Bald. in rubr. C. de exerc. act. circ. fi. P. de Vbal. d. tr. p. 9. in pr. Catheran decis. Pedemont.* 150. *n. 2. Marant. in aur. spec p. 4. dist. 9 nu. 49. communem ait Moz. d. col. 4. n. 18. Diss. Geil. 2. obs. 24. n. 9 per l. 24. hic. Azo in summ. C. de exerc. act. & alii à Geil. allegati.* d) *arg. l. 28. commun. div. c. in re communi*, *de R. I. in 6. l. 63. de re jud. P. de Vbal p. 5. nu. 11. & 12. Mozz. d. col. 4. nu. 31. latè & eleganter Geil. tr. de pign. c. 20. ubi omninò vide.*

XI.

Solvitur societas dissensu mutuo *a*, idq; ex personis *b*, ex rebus *c*, ex voluntate *d*, & actione *e*: quo facto optimè prospectum videtur damnis quæ contingere possent, si publica denunciatio proponatur, ne alter socius invitus ex contractu sui quondam socii obligetur *f*.

a) *l. tamdiu. C. hic.* b) si socii interierint maxima vel media capitis diminutione, *l. 63. §. fi. hic.* multoq; magis morte unius, quia personæ industria videtur electa, *l. 40. d. l. 63. §. 8. l. 65. §. 9. hic. Hen. Gœden. cons. 86.* c) *l. 4. §. 1. d. l. 65. §. 12. hic.* Sola tamen decoctione solvi societatem, nisi cessio bonorum subsequatur, negat Ben. Strac. *tr. de decoctor. p. 2. n. 47. & seq.* quod probari videtur §. 8. *Instit. hic.* at contrarium colligitur *ex l. 4. in fin. eod.* Illud verum est, cùm ita decoxit, ut manifestò apparet nihil ipsi in bonis remansisse. d) ut renunciatione, *d. l. 65. §. 3. & 7.* quæ & tacitè induci potest, *l. 64. adde l. 14. & seqq. hic.* e) *d. l. 65. pr. ubi Mud. hic*, *l. 6. C. si cert. pet.* vide de his omnibus Mozz. *c. ult. hic.* f) *arg. l. 11. §. 2. ubi vulgò Dd. de inst. act. vide Gomez. 2. var. res. 5. n. 6. & ibi annotat. Soar. Diss. Cast. in l. 1. §. non autem, 7. de exerc. act. quem sequitur Strac. in tr. de contract. mercat. n. 13. & seq. Moz. d. c. ult. n. 13.*

XII.

Hinc est actio pro socio utrinq; directa *a*, generalis *b*, rei persecutoria *c*, daturq; cùm finita tum durante adhuc societate *d*.

a) *§. ex quibusdam. Inst. de pœn. tem. litig.* quia utrinq; contrahentium par est ratio, ut rectè ait Bart. *in l. 2. de oblig. & act. & in l. 17. C. de negot. gest. Mozz. col. 6. nu. 1. hic.* b) *l. 38. hic.* ex qua rectè extruitur regula: quòd id intelligatur in judicium deductum, de quo & judex & litigatores senserunt, *adde l. 20. & seq. de exc. rei judic.* c) quia tenentur socii invicem de eo, quod alter alteri ratione societatis, aut ex natura contractus, aut ex pacto præstat, *tot. tit. D. & C. hic. Vult. 2. Jurispr. 9.* d) hoc regulariter, *d. l. tamdiu, ubi gl. C. hic.* illud per anomaliam. *Vult. d. loc.* ut compleantur ea, quæ in societate debentur, *P. de Vbal. d. tr. p. 12 pr. Diss. Mozz. d. c. num. 3.* qui aliter conciliat. Famosam esse constat *ex d. §.* & in heredes utrinq; transitoriam. *Azo in sum. C. hic, n. 46.*

DISPUTATIO XXVIII.

De Emtione-venditione.

Respondente Hartmanno Helffman Spirensi.

THESIS I.

EMtio-venditio *a* ad l. 12. tab. relata omnem alienationem comprehendit *b*. Hìc autem pro certa contractus specie *c*, quæ à permutatione originem sumsit *d*, accipitur, & definitur: contractus solo consensu initus de re emtori tradenda, & precio certo venditori in numis dando *f*.

a) qui contractus unus est, *arg. eorum quæ dicuntur disp. seq. th. 1. lit. A. in fin. & vide Mozz. hic. col. 1. n. 1. & aliquot seqq.* unde rectè distinguitur inter considerationem emtionis-venditionis correlativam, & rerum atque personarum quæ in se distinctæ sunt, & subjecto differunt: (*vide Donell. in l. 5. § stipulatio autem. de V. O.*) qui enim rem tradit, venditor: qui precium dat, emtor dicitur. Emere tamen pro (vendere) ponitur *in l. un. C. si serv. ext.* & contra (vendere) pro (emere) *l. 34. de contr. emt.* & emtor pro venditore, *in l. 7. §. 4. pro emt.* & nomina actionum emti & venditi inter se sæpe confunduntur, *l. 13. §. 23. de act. emt. d. l. un. §. si itaq; l. 26. l. 66. §. 2. de evict. &c. Vult. 1. Jurispr. 35. facit optimè l. 19. de act. emt. Alc. 5. parerg. 15. & ad l. 28. de V. S. Conn. 7. com. 6. Rob. 1. animadv. 7. 8. 9. 10. idem 1. notar. ad notat. Merc. 7. 8. 9. 10. Diss. Cuj. 9. obs. 15. & 1. not. Merc. 7. 8. 9. 10.* b) quia omnis translatio & mutatio familiæ per emtionem, quæ tamen ferè erat imaginaria tantùm, celebratur, h. e. nexu per æs & libram. *Vlp. in fragm. t. 19.* de cujus solennibus vide Varron. *4. de lingu. Lat. Fest. Pomp. in verb. Rodus. latè Briss. 1. select. antiq.* quo sensu rectè accipitur *l. 29. de statulib. confer l. 8. §. 11. quib. mod. pign. l. 9. §. 1. de pig. l. 23. de lib. caus. &c. Dissen. pleriq; Dd.* qui *d. l. 29.* ita accipiunt, quasi ibi dicatur emtionis appellatione omnem contractum venire: quod & Alc. 3. *parerg. 12.* sequitur *arg. d. l. 19. de act. emt. vide Moz. hic, col. 1. n. 26. & seqq.* ubi regulam cum aliquot exceptionibus ponit pro conciliandis Dd. opinionibus, quid appellatione emtionis veniat. c) *l. fin. C. de decur. l. 1. C. de reb. decur. sine decr. c. 1. quæ fiunt à prælat. c. 1. de excess. prælat. c. fin. de accus. &c. Mozz. d. col. 1. num. 32.* d) *l. 1. de contr. emt. ubi Mud. nu. 5.* differt igitur permutatio ab emtione, quòd illa vetustior: quod hîc aliud res, aliud pretium, illic utrumq; res dicitur. *Dissent. Alc. in l. 2. de V. O. num. 18.* qui adhuc non posse dari perpetuam inter hæc duo differentiam putat. Unde constat re-

ctè di-

est dici hunc contractum jurisgentium simpliciter & absolutè, *Bart. in d.l.1. Bald. ad rub. C. eod q.1. Fab. de Monte tr. de emt. q.1. pr. num.4. Diff. gl. in l. eas, verb. pro dote, de cap. minut. Mud ad d.l.1. n.6.* qui precium putant accessisse a jure civili. Verius est pecuniæ usum esse jurisgentium, & civitate Romana longè antiquiorem, *vide Gen.17. vers.23. & clariùs Gen.23. vers.15. & seq.* & omnium clarissimè cum suis substantialibus & cautione accidente emtionis contractus describitur *Ier.32. vers.10. & seqq.* quem text. ad hoc bene expendit Bal. *in proœm. lib.2. Inst. adde Plin.7. nat. hist.56. & 33. c.1. Polyd. Virg. 2. de invent. rer.20. & latè Pinel. ad rub. l.2. C. de resc. vend. p.1. num.27 usq. ad fi.* Diss. multi quos refellit Pinel. *d. loc.* in medio id relinquit Mozz. *d. col.1. n.24.* c) quomodo contractus emtionis a contractu alienationis discernitur *l. fin. C. de pact int. emt. l. ex placito, C. de rer. permut.* eaq; de causa favorabilior videtur emtio quàm permutatio: *Bald. in prælud. feud. Alex. in addit. ad Bart. in l.34. de contr. emt.* & eatenus consensu dicitur perfici emtio, quòd consensus ille utrinq; & precium & rem complectatur, & ex iis ita junctis contractum hunc efficiat: per ea quæ notat Mozz. *d. col.1. nu.13. & aliquot seqq. Diff. Fab. de Mont. pr. q.1. & variè Dd.* f) *arg. pr. Inst. de obl. ex consl. l.2. §.1. de contr. emt. l.8. de per. & com. l.8. de evict. Mozz. d. col.1. n.20. Vult. d. c.35.*

II.

Tria igitur hujus contractus sunt substantialia: consensus, res, & precium *a*: primùm à parte utraq; *b*: reliqua duo à parte alterutrius, nempe res *c* à venditore, precium *d* ab emtore. Generatim autem verum est, eum primùm implere debere hunc contractum qui prior agit *e*: nisi dolus dederit causam contractui, tunc enim ipso jure nullus efficitur *f* quivis bonæ fidei contractus: incidens verò dolus per ipsum contractum purgatur *g*: secus est in stricti juris contractibus, quibus sive causam det dolus, sive in eos incidenter veniat, ipso jure quidem subsistunt, sed datur exceptio doli adversus agentem, & si contractus perfectus sit, doli actio *h*.

a) *gloss. in l. pacta, verb. ex precio, de contr. emt. Bald. in l.13. C. eod. Bart. in l.15. si cert. pet. Fab. de Mont. pr. q.5. Mozz. hic, col.3. Menoch.3. rem. adip. poss. num.86. Schurff. cent.3. cons. 97. nu.1.* & hæc tria conjunctim probari debent, ut emtio probata dicatur, *Mascard. vol.3. de probat. concl.608. n.3.* b) *arg. l.1. pr. de pact.* unde rectè infertur præsumi emtionem, si quis dicat: volo tibi vendere hanc rem pro centum: alter respondeat animo non simulato: volo emere. *Acc. in d.l.13. C. hic. Diff. Moz. d. col.3. num.46. & seq.* c) quæ præcisè tradenda est, nec præstando interesse liberatur venditor, modò tradendi facultatem habeat, *l.11. §.2. l.30. de act. emt. l.25. de contr. emt. § pretiū, verb. tradatur. Inst. eo. l.6. C. de act. emt. l.6. C. de resc. vend. Paul.1. sent.13. & ibi Cuj. & arg. l.1. de pact. l.2. si cer. pe. A. Fab.6. conj 4. Bar. in l.9. n.21. eo. & in l.72. de V.O. n.39. Ias. in § actionū, n.147. Inst. de act. Fr. Viv. in com. op. verb. venditor. Villal. lit. V. n.12. & plures allegat à Moz. d. col.3. n.11. Boc. hic, th.48. Diff. Cov.2. var. res.19. n.1. Vaud.1. var. q.9. vide Alc. in l. un. C. de sent. pro eo quod interest, c.7. n.24.28. & 30. Mynf.1. obs.53.* adde aliter distinguentes Ang. & Corn. referente Bursat.3. *vol. cons.139. n.9. Fachin.2. controv.30.* d) in quo licet ementibus se invicem infra dimidium decipere, *l.16. §.4. de minor.* & hoc naturaliter, h.e. ex usu jurisgentium, *l.22. §. fin. l. seq. loc. Theoph. in §. adeò, Inst. locat. arg. l.1. pr. de contr. emt.* &

ratione indigentiæ & variæ æstimationis rerum. *Diss. Alfons. de Castr. lib. de pœn. legal. c.5.* qui hanc legem iniquam & reprobatam ait, *vide inf. disp. 29. th. 3. lit. C.* e) *arg. l. 13. §. 6. de act. emt. l. 8. C. eod. l. 31. si cert. pet. Cuj. 23. obs. 15.* adeoq; emtor agere volens offerre tenetur pretium, etsi venditor id non petat. *Fulgos. in l. 12. de collat. Dec. ibid. & cons. 421. Alex. sibi contrarius 6. vol. cons. 173. Diss. Alex. in d. l. 12. Ias. in §. actionum, n. 133. & seqq. Inst. de act. Tiraq. de retract. lign. §. 1. gl. 17. nu. 4. & vulgò Dd. Soar. lit. E. nu. 143. & seq.* f) *l. 7. & ibi Cost. de dol. facit l. 17. pr. de minor. l. 31. de recept. l. 3. pro soc. l. 2. §. 5. de dol. except. Mynf. d. § actionum, n. 20. Sneid. ibid. n. 24. Zas. n. 44. Sich. ad l. 7. C. de dol. n. 3. Old. class. 6. act. 11. Cuj. in d. l. 7. & in l. 36 de V. O. & 3. notat. Merc. c. 1. 2. & seqq. Cov. in c. possessor. p. 2. § 6. n. 5. Geil. 2. obs. 2. nu. 6. latè Ios. Lud. decis. Perus. 18. nu. 51. Diss. olim Vltramontani, Bellapertic. Raven. Io. Fab.* quorum rationes bene refellit Jas. *d. loc.* eas tamen ex recentioribus probant Coras. *2. misc. 8. & 9. Wes. par. de dol. n. 1. latè Rob. 1. animad. c. 1. 2. 3. 4. & 1. not. ad notat. Merc. 1. 2. 3. 4.* g) *d. l. 7. §. 3. l. 13. § 4. de act. emt. Sneid. d. loc. n. 30. & seq. & ante alleg.* h) *l. 5. C. de inut. stip. d. l. 36. de V. O. ubi Cuj. Mynf. d. loc. n. 32. Sich. ad l. 9. C. de pact. vide & H. Pist. 1. q. 23. Mynf. 4. obs. 37. & 6. obs. 38.*

III.

Emere & vendere possunt omnes, qui natura *a* vel lege specialiter non prohibentur *b*. Invitus tamen nemo vendere cogitur, nisi certis casibus *d*.

a) ut infans, furiosus, &c. *l. 2. C. de contr. emt. §. sed & Inst. de curat. Dd. in l. 11. § fin. l. 18. de pign. act.* b) ut pater & filius, *l. 2. de contr. emt. latè Tiraq. de utroq. retract. §. 1. gl. 11. nu. 59.* nisi in castrensi peculio, *arg. l. 2. ad Maced.* & in adventitio eo casu quo ususfructus ad patrem non pertinet, *l. fi. C. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas pers. Bart. in l. 38. de con. ind. n. 50. Gomez. 2. res. 2. nu. 2.* ut tutor & pupillus, *l. 34. §. fi. de contr. emt.* nisi juxta *l. 5. de aut. tut. l. 5. C. de contr. emt. vide Sich. ad rubr. C. eod. n. 11. Mud. ad d. l. 34. Mozz. hic, tit de personis, n. 8.* ut magistratus temporarius & subditus, *l. 46. 62. de cont. emt. argu. l. 34. si cert. pet. & ibi Duar. c. 4. Mozz. d. c. n. 7.* ubi vide & de aliis. Vendere etiam licet hostibus fidei Christianæ, *Mozz. d. c. n. 37.* non tamen tempore belli, *l. 1. 2. C. quæ res export. l. 2. C. de commer.* nec arma ullo tempore, *l. 11. pr. de publ. & vect.* Venditio inter medicum & ægrotum morbi tempore contracta non valet, *l. 3. de extra. cogn. l. 9. C. de prof. & med. Alc. 2. parerg. 39.* c) *l. 11. l. 13. in fin l. 14. C. hic. l. 1. C. de resc. vend.* d) ut testamento jussus, *l. 66. de leg. 1.* vel ratione communionis, *l. 13. §. 17. de act. emt.* vel ut publicæ inediæ consulatur, *l. 1. §. 11. de off. Præf. &c. vide Goth. ad d. l. 11. Socin. in reg. 435. Tiraq. de retract. in præfat. n. 15. Gomez. d. c. 2. n. 51.* intellige tamen hos omnes & similes casus, ut justo pretio res distrahatur, *l. fin. c. de annon. arg. l. 12. de relig. gl. in d. l. fin. Fr. Viv. in comm. opin. verb. vendere.* Diss. tamen pleriq;, qui volunt cogi posse etiam venditorem ut minus justo pretio vendat, *per l. 2. §. 2. vers. quæsita, ad l. Rhod. ibiq. communem ait Ben. Capra reg. 87. n. 21.*

IV.

Vendi res omnes possunt, quę in commercio sunt *a*, non tantùm corporales, sed & incorporales, ut nomina & actiones *b*: etiam universales, ut hereditas *c*: etiam futuræ *d*: etiam alienæ *e*: & quidem unà cum suis accessionibus *f*, ut transferatur in emtorem causa dominii & vacua possessio *g*.

a) *l. 34.*

a) *l.34.§.1.de contr.emt.latè Mozz.hîc,de reb.quæ emi vend poss.* succinctè & eleganter Vult.*d.c.35.* tam de iis quæ jure gentium, quàm quæ jure civili in commercio non sunt, hominis tamen liberi seipsum venundantis venditio valet concurrentibus requisitis legis, quæ temeritati & malitiæ pœnam infligit, §. 4. *Instit. de jur. pers. vide sup.disp.2.th.3.* b) etiam invitis & ignorantibus debitoribus, *l.3. C.de her.& act.vend.Gomez.d.c.2. num.6.* sive realis sive personalis actio sit, *l.fin. C.eod.* sive purè sive sub conditione debeatur, *l. 17. eod.* modò fiat ante litis contestationem, quia rei litigiosæ venditio nulla est, *tot.tit.C.de litig. Mynss. 1. obs.55.* & debitor certus sit,etsi non locuples,*l.4.d.tit.& ibi Cost.l.1.C.de novat.adde Mozz.d.c.num.9.* c) *l.1.& passim, de her.vend.* (modò defunctus is sit, cujus fuit, cùm viventis nulla intelligatur hereditas, *vide l. 2. quib. ut indign.*) & facta traditione ejus dominium cum omnibus commodis & damnis transit, *d.l.2. §.9.l.6. C.eod.Mozz. d. c. num. 4. & seqq.* d) *l.8.de contr. emt.l.8. de per. & comm.* quo casu aut extat quidem res, sed non mihi,quia incertus eventus adipiscendi,ut jactus retis,cujus emtio valet, etsi nihil capiatur,*d.l.8.§.1.de contr.emt.* aut extitura speratur: & ubi postea vel nullatenus existit, resolvitur venditio: si ex parte saltem minima existit, emtio valet, ut nihil de precio remittatur,*d.l.8.de per.& comm.ubi Mud.* e) *l.28. de contr. emt. l.11. §.2. de act.emt.* quia venditor non necesse habet rem emtoris facere,*l.25.de contr.emt.Cujac.par.C.de reb.alien.non al. (Diss.latè Fab.de Mont.q.princip.4.)* & hoc verum est, quoad firmitatem contractus & præjudicium vendentis, ut non aliter obligetur ex emto,ac si rem suam vendidisset, *arg.l.si fundum,C.de evict.Afflict.decis.40.num.3.Bart.in l.15. §.fin. de usucap.* ratione autem repetitionis differt sciens emtor rei talis ab ignorante: hic enim re evicta interesse suum à venditore consequitur, *l.23. C.hic. Gomez. d.c.2.num.8.Bart.& Castr.in d.l.15.* ille, nisi subsecuta sit evictionis stipulatio, ne quidem precium repetere potest, *l.28.& ibi glo. C.de evict.arg.l.13.C.de jur. dot. Gomez. d. loc.n.42.Mozz.d.c.nu.13.* f) *l.13.§.fin.cum 5.ll.seqq.de act.emt.l.67.73.76.de contr. emt.* Unde vendito castro etiam jurisdictio loco cohærens censetur vendita, *Bart. in l.29.de adq.dom.Cov.pract.q.1.nu.10.Menoch.lib.3.præsumt.57.vide sup.disp.3.th.7.* quod idem de jure patronatus verum est vendito sacello cui illud annectatur, Panorm. & communiùs Canonist.*in c.7.de jur.patron.Bart.& Cost.in l.22. de contr. emt. glo. in l.24. eod.Mozz.hîc,col.4.nu.41.vers.quid dicendum.Lambert.tr.de jur.patron.lib.1.art.15.pr.q.5. nu.3.& seq.Diss.variè Dd.à Lambertin.& Mozz.allegati.* g) *d.l.25.& l.pen.§.fin. de contr.emt.l.30.§.fin.de act.emt.l.188.de V.S.& ibi Gœdd.Duar.& Cuj.in l.38.de V.O.per l.83.l.50.eod.Idem Cujac.12.obs.36.* Et quidem ad vacuam possessionem tradendam necessariò teneri venditorem,etsi se non adstrinxerit,verius est,*l.2.§.1. & ibi Bart.l.3.§. 2.de act.emt.l.8.C.eod.l.78.§.1.de contr.emt.l.12.C.de probat.l.18. de vi & vi arm.& c.Ias.in §.actionum,nu.141.Inst.de act.Wes.par.hic,nu.13.Cont.1.disp.8.Mynss.1.obs.53.Diss.Fab.de Mont.pr.q.6.n.66.& ibi alleg.*

V.

Non tamen valet emtio rei suæ *a:* non litigiosæ *b:* non feudi sine consensu domini *c:* non emphyteuseos *d,* & similium rerum *e:* aliud est in redituum annuorum emtione, modò non sit usuraria *f.*

a) *l.16.de contr.emt.l.4.C.eod.l.37.de cond. indeb. confer tamen l.61. de contr.emt. l.98.de V.O.* in tantum,ut etsi jussu emtoris ignorantis rem suam alii tradideris, non tamen transeat dominium,*l.15.§.1.de contr.emt.cui non obstat l.pen.si cert.pet.vide Cuja.*

tr.8 ad Afr. b) *l.1.§.1.de litig.l.1.§.fin.quæ res pign.§.ad Vell.l.2.l.fin.& auth.si heres,C.de litig.ubi & Cujac par.vide tamen Mynf.1.obf.55.Cæpol.caut.34.Mozz.d.c.num.38.* c) nam vasallus hoc modo privatur suo feudo,*c.un.de probib. feud.al.per Frid.c.un.de prob.feud.al.per Loth.latè Rosenth.synopf.feud.c.9.Borch.tr.feud.c.8.num.32.& seqq.* quod tamen intelligunt traditione secuta verè vel quasi, *per c. imperialem, §. callidis. verb.in alios transferunt.ubi Isern.Prapos.Afflict.&c.Tiraq de retract.lign.§.1.gl.2.n.45. ubi vide plurimos alleg. Fr.Viv.1.com.opin.79.in fin.Clar.§.feudum,q.31.n.7.* etsi vasallus venditor id in continenti recuperet,*arg l.commissoria.de pact.int.emt.Curt.tr.feud.p.4.nu.50.Belvis.in c.1.si post al.vas.feud.recup. Diff. Isern.Alvar.& alii in d.c.1.vide Rosenth.d.c.9.th.5.* Sed de multiplici hac quæstione dicetur plenius, DEO volente, in disputationibus feudalibus. d) *l.3 C.de jur.emphyt.Clar.§.emphyteusis.q.13.Fr.Viv.1.com.opin.verb.emphyteuta alienans,vide disp.seq.th.13.* e) ut Ecclesiasticarum, *l.jubemus,& ibi Dd.C.de SS.Eccl.Mozz.d.c.nu.29.* dotalium, *§.1.Inst.quib.al.lic.Turzan.in comm.opin.q.115.n.5.Fab.de Ment.4.q.pr.n.74.Mozz.d.c.n.35.* minorum, prodigorum, furiosorum, *t.t.C.de præd. minor.vide Menoch.2.arb.jud.caf.171.Rol.à Valle 1.conf.33.* de quibus omnibus generaliter sciendum, eas non aliter quàm modo à legibus præscripto vendi posse. Sic jure Sax. bona avita non possunt vendi, nisi prius proximis agnatis offerantur, iiq; emere recusarint, *Fachs.diff.5.in fin.Reinh.p.1.diff.1.ibi:* notabis autem bonam cautelam, quod hodie tantùm ad descendentes restringit *Novell. Elect.Aug.p.2.c.31.* in collateralibus jus commune observari præcipit. In genere autem verum est, jure Saxo. quoties jus retractus competit, justum precium, imò tantum, quantum alius non fraudulenter offert, solvendum esse, *Nov.Elect.Aug p.2.c.33.* & hoc jure intra annum utendum esse, Landrecht *lib.3.art.83.* quam consuetudinem etiam de jure communi probari, tradit Zobel.2.*diff.*37.adeò, ut etiam re alteri tradita (si prius non renunciarit suo juri) adhuc retrahere possit, & alteri illi precium refundere, cum meliorationibus, *Nov.Elect.Aug.p.2.c.32.* f) sive in pecunia, sive frumento, &c. modò justam pensionem non excedat, *Geil.2.obf.5.& 6.* vide Recessus Imperii 1550. & 1548. *sub tit.* von Wucherlichen Contracten / quando contractus præsumatur usurarius, vide dissentientes Dd. opiniones apud Soar. *in lit.V.n.20.& seq.Diff. etiam Hot.2.obf.15.* Obligatio autem annuorum redituum ex certo fundo quotannis præstandorum personalis est, *l.fi.§.1.hic.* adeoq; fundum, ejusq; possessorem novum, nisi is de novo contrahat, aut contractum priorem ratificet, non obligat, *arg.l.1.§.16.ad Vellejan.* Successor igitur, si fructus præstare nolit, redimere cogitur, hoc est, tantam pecuniam numerare, quanta illa fuit pro qua reditus emti sunt: (aliud dicendum esset, si constaret contrahentes voluisse usumfructum constituere: quod tamen, ne per modum legati quidem, nisi in universis fundi fructibus fieri potest, *l.58.§.1.de usufr.*) adeoq; dubium non est, fundo ex quo reditus illi annui debentur peremto, venditorem emtori nihilominus adhuc personaliter esse obligatum, *vide Hot.lib.2.de usur.c.4.Toming. dec.17.* Præstationibus annuis quomodo præscribatur, *vide infra p.2.disp.22.th.3.lit.I.*

VI.

Pretium porrò, cujus dominium emtor in venditorem transferre tenetur *a*, in pecunia numerata *b* ab initio *c* requiritur, idq; certum *d* esse oportet.

a) *l.11.§.2.de act.emt.* nisi venditor fidem emtoris de eo secutus sit, *l.19.de contr.*

contr.emt. quod ex sola traditione non præsumitur, *Fulg in d.l.19. Fab. de Ment.d.tract. q.5.nu.35. Soar.in lit.E.nu.149 facit l.73.de R.V. juncta d.l.19. Geil.2.obs.15.nu.6. Diss. Tiraq. cum plurimis alleg. de retract.conv.in fin. nu.77.* Aliud est cùm tempus indulgetur: tum enim simpliciter fidem emtoris sequi venditor præsumitur. b) *§.item pretium, Inst.hic, l.9. C.eod.l.19.C.de aur. arg. leg.* idq; si nondum solutum sit, nec fides habita, res emtæ non fiunt accipientis, *l.9.53.de contr.emt.* adeoq; emtore bonis cedente venditor eas vindicabit, cæterisq; creditoribus præferetur, *vide Geil. 2.obs.15.nu.4.* c) *l.1.C.de permut.& l.precii, C.de resc.vend.vide Mud.in l.1.de contr.emt.n.2.* imò dies solutionis pars potest esse precii, *l.1. §. 2. de edend. l.21. §.3.de act. emt.* & quodvis pactum commodo venditoris adjectum, *l.4.§.fin l.5.l.15.§.fin.de in diem addict. arg l.6. §.1.de act.emt.* d) *§.sed & certum, Inst.hic, l.6.de reb.cred.l.7.37.de contr. emt.* etsi in arbitrium tertii collatum, *l.25 locat.* quo non definiente, emtio nulla erit, *l.fi. C.de contr.emt.& d.l.25.vide plenè Pin.d p.2.c.1. nu.4.5.6.* ubi dissentientes accuratè refellit. *adde Gomez.d.c.2 num.9.Mud.ad l.7. de contr. emt.* Venditionis tamen instrumentum etiam quantitate precii non expressa, probare verius est, *Geil.2.obs.113. Mynf.resp.12. n.28.Diss.Fachin.2.controv.13.*

VII.

Consensus utrinq; debet esse in præsens directus *a*, liber *b*, verus, nec simulatus *b*, perspicuus *d*: & quidem tam in ipsa specie quàm in materia rei in contractum principaliter deductæ *e*, non æquè in accidentibus *f*.

a) unde nuda promissiò de emtione ineunda contractus non est, *arg. l.7.de pact.Bart.ad l.15.si cert.pet. Mozz.col.3.hic, n.43.* b) metu igitur facta emtio rescinditur, *l.1.C.de resc.vend.arg.l.1.quod met.caus.vide Mynf. 5.obs.28.* c) *l.55.de contr.emt.l.16.de R.I.& arg.§.11.Inst.de legat.& tot.tit.C.plus val.quod agit, quàm quod simul.conc.vide Mynf.3.observ.62.* & imaginarius atq; usurarius præsumitur contractus certis indiciis, etsi persona aliâs fœnerari non sit solita. *Boër.decis.82. n.10. Afflict. decis.40.nu.17.& decis.85. Soar.in lit.V.nu.20.Diss.Alex.4.cons.109.in fin.Th.Grammat. decis.76.num. 26. & seq. &c.* d) quod ubi non apparet, interpretatio fit contra eum, qui potuit legem contractui dicere apertius, atq; ita ferè contra venditorem, *l.21. l.33. de contr. emt.* nonnunquam & contra emtorem, *l.seq. eod. adde l.39. de pact. & ibi Bart.* e) *l.9. de contr.emt. l.11. ibid.* quoties igitur aliud pro alio venditur, venditio nulla est, *d. l. 9.* si tamen mensa deaurata pro aurea vendatur, valet venditio, si uterq; erraverit, *l.14.d.tit.* quam *cum l.41.in fin.eod.* rectè conciliat Cujac.2.*obs.4. & cum l.22.de V.O.ibid.ubi & Don.& Duar. Diss. Acc.& variè recentiores, vide Alc. 4 parer.8.Zas.1.antinom.18.Bud. in not. ad d.l.14.* Huc referri potest quæstio: An, & intra quod tempus per partes fieri debeat mensura fundi venditi? Distinguo: aut venditio facta est ad corpus, Überhaupt / oder im Pausch / & hoc casu mensura nulla opus est: aut venditio facta est ad mensuram, auff gewisse Ruten oder Joch Ackers / tunc mensura facienda est intra sexaginta dies, *arg. l.31. §.21. de ædil. edict. l.40. hic.* & juxta morem regionis, *l. 71.hic.* adeò, ut in illa non toleretur deceptio, *ut notat Gothofr. ibid.* vide de hac quæstione Tessaur.*decis.185.per totum.* f) *d l.9. §.1. l.11. §.5. de act.emt. l.52. §.22.de furt.l.35.§.1.& 2.de legat.2.* tenetur tamen venditor quanti interest emtoris, se non esse deceptum, *l.21. §.2. de act. emt.* ubi non opus est addi negationem, ut benè probat Duar.& post eum Rob.1.*animad.4.& 1.not.ad notat. Merc.4. Dissent. Ant. Aug.4. emend.17.Cuj. 2.obs.5.Hot.in comm.ad tit.de act. emt. Conn. 7.com.6.* & adde ad hujus rei

cogni-

cognitionem plenam P.Fab.*in l.67.de R.I.Don.in l.83.§.1.de V.O. num.5. Mud.in d.l.9 Borch.de pact.c.5.n.55.Coras.4.misc.11.*

VIII.

Quemadmodum verò emtio mutuo consensu contrahitur, sic voluntate contraria re adhuc integra dissolvitur *a*: nisi arrhæ intervenerint. Tunc enim non minus emtori quàm venditori liberum est à perfecto etiam contractu resilire, modò ille arrhas amittere, hic duplicatas restituere velit *b*. Illud verissimum est, perfecto hoc contractu omne commodum & incommodum rei venditæ pertinere ad emtorem *c* regulariter *d*.

a) *l.2.3.de resc.vend. l.1.2. C.quand. lic.ab emt. reced.l.6.in fin.de contr.emt.l.pen. C.de pact. int. emt.l.58.de pact.Vult. d.c.35. Mozz.hic, col.ult. num.3.& 4.* b) *confer pr.Instit.hic,l.ult.de l.commiss.l.53. de contr.emt.l.11. § 6. de act.emt. l.3. C.eod. l.contractus, §.illud, & ibi Sich. C.de fidei.inst.Diss.Wes.par.de contr.emt.num.9.per l.35 pr.hic.ubi Mud.* Porrò arrhæ datio & adjunctum contractus est, & etiam per se contractus, *ut rectè Acc.in l.2.C.quand.lic.ab emt.rec.Sich.d.loc.nu.2.Diss.Mart.glossogr.* Duplicatas autem arrhas restitui sibi emtor petit condictione *ex d.l.contractus, §.illud. Cujac.11.obs.17.Diss.ex parte Sich.d.loc.nu.pen.* vide etiam de arrhis *l.11. §.6. de act. emt.l.5.§.15.de inst.act.* c) *§.cum autem,& ibi omnes, Inst.hic,l.57.de contr.emt.l.1.§ pen.& fin.C.de per.& com.* Etsi traditio nondum intervenerit, & res casu fortuito perierit, *l. 5. C.d. tit.* facit quod consensu in pretium rei facto res æstimata est: at vera æstimatio periculum transfert in eum cui æstimatur, ut hîc emtori facit, *& arg.l.13.§.8.in fin. de act. emt.juncta l.21.C.de probat.l.12. C.de jur. dot.* idq; communiter ab omnibus receptum benè explicat Seb.Medic.*tract.de casib fort.p.1.qu.10.num.84.& multis seqq.Ios.Ludov. decis.Perus.60.num.6.adde l.5. §.1. de resc. vend. l.5.7.8.11. de per.& comm.l.21.de her.vend. l.fin.de cond.ob dat.l.39.de solut.* Diss.tamen ab hac sententia Cujac.*tract.8. ad Afric. in explic.l.33.locat.* quem refellunt Ant.Fab.2. *conject.* 4. ubi quæstionem de periculo rei venditæ præ aliis rectè explicat.*adde & Henr.à Suerin.1.rep.prælect.33.* d) aliud enim est in venditione conditionali,*l.8.de per.& comm.* in pacto in contrarium, *l.10. eod.* culpa alterutrius interveniente,*l.12.eod.vide Vult.d.c.35.n.69.& aliquot seqq. Goth. ad l.2.C.eod.*

IX.

Contrahitur emtio in scriptis vel sine scriptis *a*: & solent ei apponi varia pacta *b*, ex quibus frequentissima sunt: I. Addictio in diem, facta vel purè, ut allata meliore conditione ab emtione recedetur, vel sub conditione, ut perficiatur emtio, nisi melior offeratur conditio *c*. II. Lex commissoria, qua cavetur, ut nisi pretium intra certum diem emtor solvat, res fiat inemta *d*.

a) *§.sed hæc quidem,Inst.hic.Mozz.hic,c.de divis.emt.* Illa statim perfecta censetur, simulatq; de re ac precio convenerit,*d.§.sed hæc,l.17.C.de fid.instr. & ibi Sichard.* Hæc non prius perficitur, quàm instrumentum completum fuerit, omnibusq; suis numeris absolutum,*d.§.sed hæc,d.l.17.vide Vasq.1.controv.illustr.38.nu.23.Gabriel lib.3. comm.conclus.tit.de pact.conclus.3.* b) *de quibus tot.t.C.de pact.int.emt.& Mozz. c.de*

e.de accid.emt. c) *l.1.2.& t.t.de in diem addict. & ibi Wes.par.* Et verò cui hoc pacto venditus est fundus, & interea precariò traditus, interdictum quod vi aut clam accommodari verius est, *confer l.2.§.si in diem, pro emt.l.4.§.idem de in diem, ad d. l.3.C.de pact.int.emt.vide Cujac.2.obs.*25.quem pungit Rob.1.*rec.lect.*35.defendit se Cuj. 16.*obs.*29.instat ulterius Rob.1.*animad.*25.*&* 1.*not.ad nota.Merc.*25.tuetur se Cuj.1.*not. Merc.*25. d) *l.1.& t.t.de l.comm.*quæ pura est emtio, cæterùm quæ sub conditione resolvitur, *d.l.1.Diss.Hot.c.3.de pign.*Hinc pactum ut aliquid venditori detur loco interesse, donec precium rei emtæ solvatur, de jure valere, nec usurarium esse existimamus, *vide Gabr.tit.de emt.vend.concl.4.n.24.& seq.Fr.Bursat.1.vol.cons.11.nu.13.& seqq.Ios.Lud.comm.concl.56.per tot.ubi refellis dissentientes.*

X.

Valet & pactum de retrovendendo, quando res ita distrahitur, ut oblato quandocunq; vel intra certa tempora precio res restituatur *a*: & transit hoc pactum etiam in heredes *b*, & extraneo cedi potest *c*: eiq; ne quidem triginta annis præscribi verius est *d*.

a) *l.2.C.de pact.int.emt.ubi Hieron.Cagn.Tiraq.tr.de utroq; retract.p.2.Fr.Zoannet.tr.de emt.sub pact.retrovendit. Fab.de Mont.d.suo tr.p.q.7.Cov.1.var.res.9.& 15.Chass. in consuet.Burg.rubr.5.§.1.per tot.* & dominium in emtorem nihilominus transfertur, etsi hoc pactum adjiciatur: licet quidam tantùm commoditatem fructuum percipiendorum transire putent, quos egregiè refutat Zas.1.*cons.12.num.*34.*Myns.6.obs.*70. b) *per not.Geil.2.obs.2.nu.4.& 5.Tiraq.de retract.conv.§.1.gl.6.nu.1.& seqq. latè Ios. Lud.decis.Perus.23.n.29.H.Pist.1.q.21.n.4.* non tamen in successores singulares, *Schurff. 1.cons.13.nu.5.* c) *Tiraq.d.tr. de retract.lign.§.26.gl.3.Molin.cons.Paris.tit.1.§.13. nu.20.Chass.cons.Burg.tit.5.Des rentes.§.1.Ios.Lud.decis.Lucens.47 per tot.* Personale tamen hoc pactum est, & rem ipsam non afficit. (*Diss.Geil.2.obs.19.*) unde si ab emtore rursus sit vendita, prior venditor à secundo emtore rem non vindicat, sed datur ei tantùm actio personalis ex vendito adversus primum emtorem in id quod interest, *arg.l.4.de l.commiss.l.16.de addict.l.7.§.5.de pact.Alc.5.parad.1. Cujac.8.ad Afr.in l.24.de præscr.verb.Chass.d.§.1.n.29.& seqq.Zas.1.cons.72.nu.33.Wes.cons.39.nu.6.& novissimè Io. Fich.2.cons.40.nu.16 & seqq.Geil.2.obs.16.nu.3. Myns.6.obs.69. Cacher.decis.65.nu.7.Diss. Schurff.2.cons.10.Cast.in l.13.de pign.act.n.5.Tiraq.de retr.convent. §.1.gl.7.n.6.7.& §.3.gl. un.per tot.Cagn.ad d.l.2.col.8.vers.limita.Fr.Burs.cons.6.n.9.& seqq.*quas opiniones contrarias quidam distinctione inter verba pacti obliqua vel directa conciliant, quos sequitur Fach.2.*controv.*15. Fructus tempore revenditionis pendentes inter emtorem & venditorem pro rata temporis dividi æquum est, *Tiraq. de retract. convent.§.5. gl.4.nu.1.& multis seqq.Tessaur.decis.56.Fach.2.controv.6.* d) *per rationes Geil.2. obs.18.Myns.1.obs.16.& resp.31.n.12.Cacher.decis.Pedem.69.n.12.Porc.3.comm.concl.38.Covar.1.var.res.9.n.2.& 5.Io.Fich.2.cons.40.per tot.Borch.de usur.c.6.n.18.Zas.in §.actionum, Inst.de act.nu.66.adde Henn.Gœden.cons.109.per tot. Diss.Tiraq.de retr.lign.§.1.gl.2.per tot. Cagn.ad d.l.2.nu.70.& seqq.Zas.2.cons.12.*& præter plurimos à superioribus allegatos Rol.à Vall.Socin.jun.& alii, quos refert Tib.Dec.*resp.*10.*n.*53.ad quos remisisse sufficiat: quibus adde novissimè Jo.Koëpen *decis.*1.

XI.

Deniq; ex hoc contractu nascuntur actiones emti & venditi *a*. Ex

emto agit emtor ejusq; heres adverſus venditorem ejusq; heredem ſoluto precio *b*, ut rem vacuam *c* unà cum fructibus *d* & acceſſionibus *e* à tempore contractus perceptis tradat, aut ſi emtor malit ejus loco interuſurium *f*. Ex vendito actio adverſus emtorem datur ad conſequendum omne quod ab emtore præſtari oportet *g*.

a) *l.11.& t.t.de act.emt.& ibi Gabr.Mud. Old.claſſ.4 act.1.* b) *per ea quæ dixi ſup.th.7.lit.A.* c) *l.2.§.1.de act.emt.Conna.1.comm.8.*ubi contrariis reſpondet.adde quæ dixi ſup.*th.4.in fi.* d) *l.13.de act.emt.* e) *l.pen.C.eod.Gail.de pign.obſ.17.Ioſ.Lud.deciſ.Peruſ.83.per tot.Maſcard.de probat.vol.1.concl.14.n.10.& ſeqq.Menoch.lib.3.præſum.77.per tot.* f) in arbitrio emtoris poſitum eſt, utrum ad rem, an ad intereſſe agere velit, *vide ſup.th.2.lit.C.* idq; tam contra ipſum venditorem, quàm contra heredem ipſius, *arg.l.14.C.de donat.l.19.C.de donat.l.49.de obl.& act.* Jure tamen Saxon. ſi venditor ante traditionem moriatur, heres ejus præcisè ad rem tradendam non tenetur, ſed reddendo precium & ſolvendo intereſſe liberatur, Landrecht *lib.1.art.9.ibiq; gl.ad text.in fin.Zob.p.2.diff.39.Reinhard.p.2.diff.13.* ubi tamen in fine putat hoc accipiendum de eo caſu, quo heres venditoris facultatem tradendi non habet: atq; ita nulla eſſet differentia. Solent tamen illis in locis, ubi jus Saxon. viget, cauti emtores curare, ut tempore traditionis filius vel heres ſimul renunciet juri ſuo, & de nõ contraveniendo contractui ſemel perfecto caveat. g) cumprimis ad precium, uſuras poſt diem traditionis & moram, &c. *l.13.§.18.& ſeq.l.15.de act.emt.Cujac.ad Paul.2.ſent.17.Gabr.lib.3.tit.de emt.vend.concl.4.per tot. Mynſ.4 obſ.56.* Hìc quæſitum eſt: cùm ſtatuto ſive jure provinciali Saxon. (Landrecht *lib.1.art* 8.) non valeat hypotheca immobilium extrajudicialiter facta, ſi venditor fundi vel alterius rei immobilis accepta parte precii, donec reſiduum ſolvatur, in inſtrumento venditionis ſibi expreſsè reſervaverit hypothecam in re vendita, an ea valeat omiſsâ ſolennitate judiciali: Ob ſich der verkauffer wegen deß Reſts an das verkauffte Gut zu halten/ als an ein Pfand/ befügt ſey: ita ut præferatur aliis creditoribus, qui poſteriorem hypothecam judicialem ſunt conſecuti? Verior eſt negantium opinio, *arg.l.1.in fin.junct.l.ſeq.de reb.eor.Dan.Moller.lib.1.ſemeſtr.c.4.* qui ita judicatum ſcribit. *Diſſ.Weſ.conſ.39.* & videtur eò facere *l.fin.in fin.C.de pact.int.emt. l.venditor, comm.præd.* pro qua opinione judicatum aliquoties memini: ſed ſanè non omittenda erat ſolennitas ſtatuto requiſita, ut ſcilicet judicialiter conſtitueretur hypotheca pro reſiduo precii. Aliâs verò, cùm in terminis juris communis loquimur, quo licet immobilia etiam extrajudicialiter pignerare, optima eſt cautela Fabiani de Monte *tr.de emt.vend.q.5.prin.n.39.* ut pactum venditionis inſtrumento expreſsè inſeratur, quòd venditor dominium in emtorem, non niſi precio integrè ſoluto, transferre velit, *Moller.d.c.2.n.2.conf.l.13.§.8.de act.emt.*

XII.

Coronidis loco ſit: in emtorem hereditatis non tranſire jus adcreſcendi *a*: emtionem uno nemo hodie rectè fieri *b*: vendita re unià duobus cum pacto retrovendendi, emtorem non teneri uni precium offerenti partem retrovendere *c*.

a) *Rayn. de Forl. in l.1. §. interdum, de uſufr.adcr.Pet.de Bellaper.in l.89.de leg.3.Cuma.in l.Papinianus, ad Trebell.Salic.in l.un.C.qu.non pet.part.* & id magis communiter Dd.

cet Dd. probant, ut ajunt Jas. Crot. Alc. *in d. l. 89. Rip. ibid. num. 92. Seb. Sapia in d. l. un. C. n. 29 pulchrè. Cuja. 12. obs. 13. & 3. not. Merc. 13. Diss. vulgò Dd. per l. si totam, de adq. her. Bart. in d. l. 89. de leg. 3. in fin. quem sequuntur Duar. lib. 2. de jur. acer. Rob. 3. animadv. 12. & 3. not. ad notar. Merc. 13.* alii distinguendo has opiniones conciliare nituntur, *Dec. in d. l. un. Seb. Sap. ibid. n. 30. Pollyt. in d. l. 89. n. 49. Alc. 4. par. 9. vide latè Rim. in d. l. un. nu. 93. & multis seqq.* b) nam *l. 10 de adq. poss. l. 46. locat. l. 38. de contr. emt.* id negant propterea, quia talis venditio & locatio à donatione non distingui tum temporis poterat: per quam donationem non aliter dominium transferri poterat, quàm si uno numo venderetur, *Cont. 1. disp. 16.* id mutavit jus novum: ergò juxta *l. 16. de jur. dot.* (in qua cum superioribus concilianda mirè variant Dd.) in se considerata est emtio: sed non valebat, quia donationis instar inducebat. c) *Bart. Ang. Cast. in l. 46. de sol. Bald in l. fin. Cagn. in l. 2. q. 12. C. de pact. int. emt. Fab. de Mont. d. tr. in 2. q. 7. pr. qu. commune refert Fr. Viv. in lit. V. verb. vendita re.*

DISPUTATIO XXIX.

De Locatione-conductione, & Emphyteusi.

Respondente Joanne Christophoro Adelman Onoldino Franco.

THESIS I.

Locatio-conductio *a* est contractus *b* solo consensu initus *c*, quo usus vel fructus *d* vel opera *e* mutatur cum certa mercede *f* illicò constituta *g*: ex quo qui utendum vel fruendum dat, locator: qui accipit, conductor appellatur *h*.

a) cui nomen à loco, *Wesenb. ad princ. Instit. hic.* & quæ generaliter accepta omnem contractum, qui consensu de re locanda conducendaq; perficitur, adeoq; & emphyteusin & alia comprehendit, *§. 1. 2. 3. Instit. hic. t. tit. si ag. vectig. l. 1. & seqq. C. de jur. emphyt. l. 1. 5. 7. 22. l. penult. §. fin. C. de agr. & cens. l. s. C. de fund. patr.* quod tamen Dd. vulgò negant *per d. §. 1. Inst. hic.* ubi locatio in specie accepta ab emphyteusi tanquam specie omninò alia separatur. Illud obiter notandum, locationem-conductionem rectè scribi conjunctim, quatenus negotii sive contractus unitatem designat, *arg. l. 1. de pact.* rectè etiam divisim, quatenus contractus duorum voluntatibus in analysi distinguendis constat, unde locatori locati, conductori conducti actio competit, *ut dicitur infra th. 6.* b) jurisgentium, *l. 1. hic, l. 5. de just. & jur. §. jus autem civile, Instit. eod. bonæ fidei, §. actionum. 28. Instit. de act.* c) *princ. Instit de obl. ex consens.* ideò nec traditionem, neque verba, neque literas requirit, *l. 1. 14. hic, l. 24. C. eod. l. 17. C. de pact. ibi Gothofr. l. 2 de obl. & act. Bocer. ad l. 23. de R. I. c. 4. num. 9.* fitq; consensus ille vel tacitè, vel expressè, *l. 13. §. fin. hic.* d) *l. 15. §. 1. l. 24. §. 4. l. 25. §. 1. l. 33. hic. Vult. 1. jurispr. 36. adde l. 39. hic. ubi glos. & Dd. l. 1. C. comm. de usuc.* & sic primum differt ab emtione, ubi non usus conceditur, sed dominium transfertur, *l. 11. de act. emt.* Est tamen specialis casus ubi & locando videtur in creditum iri, & sic dominium transferri *in l. 31. hic, de qua Cujac. obser. 39.* ubi (pustulatum) *in l. 31.* dicitur ar-

gentum merum, quod inter coquendum in pustulas assurgit. probat Turneb. 24. *advers.* 2. *Diss. Alc.* 6. *parerg.* 4. *Budaeus ad d. l.* 31. *ubi vide not. Goth. adde Forcat in necyom. dial.* 6. *nu.* 7. *& seqq.* c) §. 4. *Inst. hic, l.* 38. 25. 26. *eod.* & sic rursus ab emtione distinguitur: factum vendi non potest, quia tradi nequit: locari potest. *Bart. ad l.* 2. *hic. Vult. d. loc.* f) *pr. Inst. hic, l.* 52. *de don. inter vir. l.* 2. 25. *hic, l.* 1. §. 9. *depos. l.* 23. *comm. div.* unde evincitur, si contrahentes nullam mercedem expresserint, nec ad certum locum vel tempus se expresse retulerint, non esse veram locationem. *Pinel. ad rubr. C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 3 *n.* 5. *Wes. in* §. 1. *Inst. hic, & in* §. *fin. vers. & ideò, Inst. de mand. Diss. gl. Bart. Bald. Ang. Salic. Fulg. ad l.* 18. *hic. Ias. in l.* 9. §. 8. *si cert. pet. n.* 11. *Alex.* 2. *cons.* 206. *n.* 1. *moti per d. l.* 18. ex qua arguunt, certa mercede non expressa, id quasi ex tacita conventione dandum fore, quod ex consuetudine dari solet: atque hinc praepostere differentiam faciunt inter emtionem & locationem. *adde Soar. in lit. C. num.* 191. *Geil.* 2. *obs.* 23. *in fin. Gomez.* 2. *var. res.* 3. *nu.* 4. g) §. 1. *ibi: nulla statim, Inst. hic, l.* 22. *de praescr. verb. Pin. d. p.* 2. *c.* 1. *n.* 23. *& seqq.* h) *t. t. D. & C. hic. Cuj. par. C. ib. &* 2. *obs.* 28. *VVes. hic, n.* 2. *Vult. d. loc. Diss. vulgò Dd.* quibus locator est, qui mercedem accipit, conductor qui dat: quod satis refellitur *ex l.* 11. §. 3. *juncta l.* 13. §. 1. 3. 4. *& seqq. l.* 14. *l.* 51. §. 1. *l.* 59. 60. §. 2. *& seqq. hic, l.* 14. *C. eod. Diss. aliter Rob.* 1. *animad.* 10. *&* 1. *not. ad notat. Mercat.* 10. *quem sequitur Boc. ad l.* 13. *de R. I. c.* 4. *n.* 9.

II.

Locari possunt res omnes in commercio positae *a*, etiam alienae *b*, etiam conductoris propriae, antè donatae *c* aut venditae *d*, etiam communes *e*, etiam feudum *f*. Operae locari intelliguntur honestae & locari solitae *g*.

a) *arg. l.* 34. §. 1. *de contr. emt. l.* 5. *de V. S.* ut ususfructus & similes, *l.* 12. §. 2. *de usufr. l.* 9. §. 1. *h. tit.* §. 1. *vers. cum is qui, Instit. de usu & hab.* adde etiam jura quae solo quidem cohaerent, sed tamen ad utilitatem personae tendunt, quae locari posse tradit Bart. & Dd. *in l.* 44. *hic, per l. fin. C. de vect. & commiss.* Sed praedii servitutem nemo potest locare, quia cohaeret praedio, & si absque eo locaretur, utilitatem praedii non respiceret. *d. l.* 44. *hic. ubi Bart.* b) *l.* 7. 9. §. *fin. l.* 15. §. 8. *hic.* nam si postea dominus prohibeat eum uti qui conduxit, locator tenetur conductori ad interesse. *d. l.* 7. *&* 8. Proprias res locari posse dubium non est: conduci tamen nequeunt. *l.* 9. §. *fin. hic, l.* 2. *C. eod.* c) *ut in casu l.* 77. *de R. V.* d) *l.* 21. *hic.* cum qua non cohaeret *l. seq. sed l.* 20. §. *fin* cohaeret immediatè cum principio *l.* 22. unde conficitur casus ille in quo per anomaliam conductor obligatur, non locator: quod & interdum in emtione evenit, *l.* 13 §. 29. *de act. emt. Cujac.* 16. *observ.* 21. *&* 1. *notat. Merc.* 11. *Diss. Robert.* 1. *animadv.* 11. *&* 1. *not. ad notat. Mercat.* 11. e) partium consensu, *l.* 1. *C. si com. res pign.* An mulier locationi in re dotali facta à marito tenetur stare facto divortio, aut post mariti mortem? Negant Bart. Imol. Cum. Roman. Castr. *in l.* 25. §. *fin. solut. matr. Alberic. in l.* 7. §. 1. *eod. num.* 11. *Campeg. tr. de dote, p.* 2. *q.* 18. *Cyn. Salic. in l.* 9. *C. hic, gl. in l.* 2. §. *fi. de dot. praeleg. commune ait Molin. in cons. Paris.* §. 30. *q.* 22. *Diss. Ang. in d. l.* 9. *& in d. l.* 25. §. *fin. ubi & Bald. Anan. c. ult. num.* 9. *ne prae. vic. suas.* Dici potest in locatione ad modicum tempus veriorem esse posteriorem sententiam, quod olim voluit *Alex. in d. l.* 25. §. *fin. Molin. d. q.* 22. *num.* 92. *Covar.* 2. *var. resol.* 15. *num.* 5. *Duar. ad d. l.* 25. *ubi notat Goth.* Sed an vicissim maritus tenetur stare locationi factae per uxorem ante dotis constitutionem? Non: quia successor singularis, *d. l.* 9. *Roman. in d. l.* 25. §. *fin. num.* 27.

Alex.

Alex.ibid.n.37.Campeg.d.tr.p.2.q.23. (*Diss.Acc.in d.l.7.§.1. verb.sequantur,sol.matr.*) Et sic etiam jure Saxon. definitum est *per Novell.Elect.August.p.2.c.37.* ut scilicet textus Landrecht *lib.1.art.*77. intelligatur de bonis uxoris, non locatoris propriis, ut nimirum post mortem uxoris maritus stare locationi non cogatur: contra multos, qui tradunt generaliter illo jure heredem non teneri stare locationi defuncti. Eademque ratione verum est, beneficia tum, etsi unius fortè anni pensionem receperit, non ratificasse per hoc locationem factam à prædecessore, *ut decidit Surd. decis. Mant.* 33. maximè cùm & aliàs multa requirantur, ut successor prælati ex locatione per prædecessorem facta obligetur, *Surd.ibid.nu.* 8. *ubi vide.* f) & quidem non tantùm ad modicum, sed & ad longum tempus: facit quòd feudum sit ususfructus generatim accepti species, ut bene probat Vult.*tr.feud.c.2.* idem quòd locatio non est alienatio rei: nam dominium utile, quod transferri locatione ad longum tempus dicunt, jure civili est incognitum, adeoq; nullum, *vide sup.disp.*14.*th.*1.qua de re alibi dicetur latius.Diss.Dd.quod sciam, omnes, *per c.1.§. donare, qual. olim feud.pot.alien. Curt.tr.feud.p.4.n.92.Borth.c.8.n.36.Clar.§.feudum,q.33.Zas.p.9.n.12.Graff.2.sent.com 2. q.13.Villal.in lit.F.n.172. Soar.in lit.C.n.192.* & plures allegati per Rosenth. *cap.9.th.*10. adeoque stante communi, verius est vasallum in locatione decennali excusari, si pactus sit, ne utile dominium transeat, *Zas.d.loc. Diss.Tiraq.1.retr.§.1.gl.2.n.38.* g) *l.30.§.2.l.38.hic,l.5.§.1.de præsc.verb.* Quæ autem sint facta locari solita, mirè variant Dd. Benè Vult. *d.c.36.n.*10. definit, operas hominis in re alterius positas, & hominis corpore vel toto vel aliqua ejus parte præstitas. *Diss.Bart.in d.l.5.§.at cum do.n.1.& 3.* Diss.aliter alii, qui ex consuetudine: & alii qui ex eo æstimandum putant, an ex opera ista sequi possit emolumentum pecuniarium. Huc pertinent hodie operæ famulorum, quas illi nobis locant plerunq; ad certum tempus. Unde si ante id tempus effugiant, mercede carere, imò & damnum ex fuga datum resarcire tenentur, *arg.l.1. C.de serv.fugit.Dan.Moller.lib.2.semestr.c.17.* vide Elector. Sax.Mauritii & Augusti ordinationem provincialem, von Dienstgen Knechten und Dienstbotten: sibi igitur imputet, quòd mercede caret, si ante tempus decedit, *Bal.in l.2. C.hic.Hipp.Bonacoss.tr.de serv. & famul.q.*104. nisi nimiam domini sævitiam probare possit: cùm domino non nisi moderata castigatio familiæ permissa sit, *argu.§ sed hoc tempore. Inst.de his qui sunt sui vel al.jur.Bonacoss.d tr.q.*117. quod in arbitrio judicis esse, docet idem *d.tr.qu.*94. post Menoch.*2.arb.jud.cas.*364.adeò, ut de excessu dominus arbitrio judicis puniri possit, *Menoch.d.loc.n.*14.

III.

Merces *a* certa *b* definitur vel ab ipsis contrahentibus *c*, vel alieno arbitrio *d*: quod si minus æquè arbitratum fuerit, ad arbitrium boni viri fit reductio *e*: in mercedis verò certitudinem fidejussoribus caveri potest *f*. Qualibet re fungibili illam constare verius est *g*: & pendi debet eo tempore, quod pactis contrahentium expressum est, quæ nisi adsint, mors regionis inspicitur: si neq; de eo appareat, in fine anni luenda est *h*.

a) à merendo dicta, est id ipsum quod pro usu rei vel opera personæ datur. *Wes.in §.1.n.2.Inst.hic.Vult.d.c.36.* ideoque interdum pretium vocatur.*l.28.§.1.l.51.§.1. l.58.pr.hic.l.10. de adq.poss.l.fin. ad l.Rho.* b) *per allegata sup.th.1.lit.F.* c) *prin.Inst.de emt.l.2.hic,l.ult.C.de contrah.emt.l.25.eo.*Et cùm ipsi contrahentes de mer-

cede contulerint, dubium non est, quin naturaliter se circumvenire possint, *l.22.§.3. l.23.hic.* circumventionem intellige in quantitate, *ut d.l.22.* neq; hoc officio boni viri contrarium est, *Rob.3.sent.12. Diff.gl.in l.197.de R.I.Bal.in auth.ad hac.C.de usur.* Neque jure canonico hoc improbatur, *c.pen.de emt.* ideoq; & in foro conscientiæ locum habet, maximè in mercatoribus, *Bald.in rubr. C.de contr.emt.num.12. Salic.in d.auth. Diff. Ant.Butr.in d.c.pen.Alex.in addit ad Bart.in d.l.22.* d) ideoq; in tertium, modò certum, collato arbitrio, sententia ejus valet, *l.25.hic,l.ult.C.de contr.emt.ibiq. Goth.* Sed tamen pactum legis commissoriæ in locatione locum habebit. *Io.gloss.Fulgos.& Salic.in d.l.25.pr.Imol.Raph.Cum.Castr.in l.pen.pr.sol.matr.Alex.in addit.ad Bar.in d.l.25.* e) *arg.l.9. qui satisd. cog. l.76.79.80.pro soc.* f) *l.53.& seq.hic.l.7. 27.C.eod.* Unde quæritur: an per moram conductoris adaugeatur etiam fidejussoris obligatio? quod *d.l.54.* affirmari: sed *in l.8.quod cert.loc.* negari videtur. Distingue: si fidejussor simpliciter intercesserit, morâ rei principalis ejus obligatio non crescet, *ut in d.l.8.* Sed in *d.l.54.* ideò crescit, quia fidejussor intervenit in omnem causam. *Coras.2 misc.12.n.9.ex Placent.ad d.l.54.Goth.ibid.in not.Diff. Io.gloss.quem secuti sunt Acc.Bart.& pleriq; Dd.* g) *l.19.§.3.hic,l.21.C.eod.l.pen.§.pen.C.de constit.pec. l.212.de V.S.Coras.2.misc.11.Pinel.d.p.2.c.3.nu.28.cum seqq.Wes.hic,nu.7.Hot.in com.ibid. Menoch.adipisc.poss.remed.3.n.93. Cuj.tract. ad Afr. Diff.gl.in l.5.§.2.de præsc.verb. Bart.& Dd.communiter ibid. Fachin.1.controv.82. Mozz.tract.de contract.tit.locati,col.2.nu.14.& ad d.l.21.* respondet ibi esse contractum innominatum, quod meritò jam olim rejecit Salic.ibid.quia ibi partes pœnitere non possunt: quod utiq; possent in contractu innominato: nisi quis malit ita diffidentes textus & hinc enatas Dd. opiniones cõtrarias conciliare, ut in locatione faciendi merces requiratur in pecunia numerata, secus in locatione fruendi, quod novè & eleganter tentavit Greg.Lopez.1.*animad.15. ubi vide.* h) *l.semper 34.de R.I.l.42.de V.O.d.l.54.§.1.hic.*

IV.

Recipit locatio tempus *a* & conditionem *b*, neq; in aliud contractus nomen transit, cùm ultra quinquennium extenditur *c*. Et quia tacitè etiam iniri locationem indubitatum est, ideò conductor in re locata, sine domini contradictione, consistens, de novo conduxisse præsumitur *d*: imò eadem pignorum obligatio perdurat *e*. Quin & invecta ac illata in urbanum prædium etiam tacitè oppignerantur *f*, quamdiu ibi sunt *g*: quod & in mercibus recipimus, si inquilinus sit mercator *h*: non in libris studiosorum *i*: non in rebus alienis illatis *k*: sed benè in illatis sciente domino in prædium rusticum *l*.

a) *l.24.§.fin.l.66.hic,l.10.C.eod.* certo tempore non expresso in prædio rustico locatio censetur facta ad annum, quo fructus percipi possint: in urbanis tamdiu, quoad alteruter contrahentium renunciet, *l.13.§.fin.l.seq.hic. Wes.ibid.nu.8.in fin.* Certum tempus modicum est vel longum, illud unius, duorum, &c. interdum novem annorum: hoc ultra novem annos. *Mozz.d.tr.c.4.per c.1.de reb.Eccles.non alien.c. sine exceptione,12.q.11.* b) *l.20.hic.l.10. C.eod.* c) facit quod non temporis adjuncto, sed propria conventionis forma contractus distinguatur, *l.8.mand. l.44.de obl.& act.Connan.6.com.12.arg.l.2.C.de præscr.30.annor.Wes.hic,num.8.(Diff.Dd. in clem.1.de reb.Eccl.non alien.Ias.ad l.2. C. de jur.emph.Cuj.Inst.hic,per Nov.120.* quæ de

emphy-

emphyteusi Ecclesiastica, non de locatione agit.) Itaq; ubi ab initio de titulo conductionis constat, ibi jus perpetuæ coloniæ non præscribitur, etsi cōductor longissimo tempore uniformem pensionem singulis annis numeraverit; quod pulchrè probat Cravett. *tr. de antiq. temp. §. materia ista, n.* 100. *& multis seqq. Nov. El. Aug. p.* 2. *c.* 40. *ibiq; Dan. Moller. Diss. Bald. & Ang. in l. malè agitur, C. de præsc.* 30. *ann.* d) *d. l.* 13. *§.* 11. *l. seq. & ibi Castr. Cost. & vulgo Dd. hic, l.* 16. *C. ubi Goth. eod. Alc. tr. de præsumt. reg.* 3. *præs.* 17. *Menoc. tr. de præsumt. lib.* 3. *præs.* 85. *pr.* quod aliud est in emphyteusi, quæ ex taciturnitate renovata intelligi non potest, *Ias. in l.* 1. *n.* 66. *C. de jur. emphyt. Cravett. cons.* 87. *n.* 3. *Men. d. præsumt.* 85. *n.* 36. *faciunt ea, quæ dicentur infra th.* 9. *lit. D. & th.* 10. *lit. B. Fach.* 1. *controv.* 84. *Diss. Roman. cons.* 103. *Alc. d. præsumt.* 17. *n.* 3. e) *d. l.* 13. *§.* 11. si tamen alius pro eo in priore conductione res obligaverat, ejus novus consensus requiritur, ibid. quod latè explicat Menoc. *d. loc. n.* 19. *Gomez. var. resol.* 3. *n.* 15. Sed quid in hac facti specie dicemus: si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & idem ad illud tempus illum agrum conduxerit, deinde finito quinquennio in conductione manserit, an censebitur etiam redimendi tempus prorogatum? Nego, *arg. l.* 56. *§.* 4. *de V. O. l.* 4. *de servit. l.* 2. *§.* 4. *de dol. except. non obstante d. l.* 13. *§.* 11. *hic.* quæ loquitur de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus, *Cagnol. ad l.* 2. *C. de rescind. vend. q.* 58. *vide Mascard.* 2. *de prob. concl.* 992. *n.* 4. *&* 5. *Fach.* 1. *controv.* 83. *Diss. Menoc. d. c.* 85. *n.* 21. f) tum pro mercede, tum pro damno rei locatæ dato, *l.* 1. 2. 3. *in quib. caus. pign. l.* 4. *de pact.* g) ergò jus tacitæ hypothecæ solvitur, cum res illæ efferuntur, *l.* 34. *de pig. l.* 9. *in quib. caus. ubi Wes. in par. circa fi. Diss. Bar. in l.* 3. *C. de pig. Ias. ad d. l.* 4. *& ad §. item Serviana. Inst. de act. n.* 77. *Sneid. ib. n.* 53. *Negu. tr. de pig. p.* 2. *memb.* 4. *n.* 131. *Cost. in d. l.* 9. h) *Zas. in d. §. item Serviana, n.* 20. *Mynsn.* 16. *Sneid. n.* 39. *per d. l.* 34. *Diss. Ias. ad d. §. n.* 51. *& vulgò Dd.* i) *Ias. d. loc. n.* 64. *Zas. n.* 23. *Sneid. n.* 43. *Sich. ad rubr. C. de pig. & hyp. n.* 18. *facit gl. in l.* 125. *de V. S.* itaq; de hoc immeritò dubitat Ang. Aretin. *in d. §. n.* 2. *vide sup. disp.* 6. *th.* 7. k) *Sneid. d. loc. n.* 45. *Cost. in l.* 4. *de pact.* l) *Bar. Bal. Salic. & vulgò Dd. per l.* 5. *C. hic. Ang. & novissimè Zas. in d. §. item Serviana. Inst. de act. Diss. Wes. par. hic, n.* 10. *Duar. Cuj. in l.* 4. *de pact. vide sup. disp.* 6. *th.* 3. *lit. B.*

V.

Intempestivè autem conductor expelli nequit, nisi justa subsit causa *a*: è diverso etiam conductor ex justa causa timoris habitationi quocunq; tempore renunciare potest *b*.

a) *arg. l.* 17. *§.* 3. *commod.* justa autem causa censetur, si fortè domum locator necesse habeat corrigere, aut conductor pensionem non solvat, *d. l.* 54. *§.* 1. *l.* 35. *prin. hic. Nov.* 120. *c.* 8. aut si re conducta malè utatur, *d. l.* 54. *l.* 3. *C. eo. auth. qui rem. ubi gl. & Dd. C. de SS. Eccl.* ac expulsum illum nihilominus ad integram pensionem solvendam teneri putamus, *Sich. ad d. l.* 3. *n.* 10. *Diss. gl. ibid. in verb. versata est.* b) puta damni infecti, *l.* 28. *illo tit. l.* 27. *§.* 1. *l.* 55. *§. fi. hic.* vel incendii, *l.* 49. *§.* 1. *ad L. Aquil.* exercitus aut impetus hostilis, *l.* 13. *§.* 7. *hic.* vel pestis, *Geil.* 2. *obs.* 23. *n.* 7. *Ripa tr. de peste, part.* 2. *nu.* 18. *&* 23. quod & in iis obtinet, qui evidentissimis ostentis, tetris imaginibus, & assiduis umbrarum illusionibus inquietantur, qua de re vide eleganter Cov. 4. *var. resol.* 6.

VI.

Ex hoc contractu proficiscens obligatio facit ut locatori detur actio locati, in quam venit mercedis persecutio, & ejus post moram usura *a*, item

item rei locatæ finito usu restitutio *b*, damniq; dati dolo *c*, culpa levi *d* (non tamen levissima *e*, non casu fortuito *f*, nisi eum nomina... se receperit *g*, quod cùm facit, non censetur sentire de insolitis *h*) ...tio *i*: & tandem quicquid contra legem locationis factum fuerit *k*.

a) *l.58.h.t.l.13.17.C.eod.l.32.§.2.de usur.Cast.in l.8.quod cert.loc.* b) *§.fin.l.25.C.hic.* quam si reddere noluerit, aut corruptam reddiderit, quanti in ... juratum, aut in rem ipsam, cum æstimatione ejusdem damnabitur, *l.8.l.57.* ... *hic,l.34.C.eod.l.3.§.1.commod.* c) cujus probatio ei incumbit, qui dolum ...guit, sive agat, sive excipiat, quia is facti est, & de eo non facile præsumitur, *l.18.§.1.de probat.l.6.C.de dol. Geil.2.obs.110.n.6.* d) ut si ædes incendio absumtæ, quod in dubio culpa inhabitantium fieri censetur, *l.3.de off.praef.vig. Menoch.2.arb.jud.cent.4.cas.390. Fachin.1.controv.87. Geil.2.obs.21. Ios.Lud.decis.25. Grammat.decis.3. Rol.à Valle 2.cons.95.ubi omnino vide.* e) *l.5.§.2.commod.l.28.* & *ibi gl.C.hic.Bocer.ad l.23.de R.I.c.4.n.9. Sneid.ad §.qui pro usu,n.1.Instit.hic.* nisi pro ratione circumstantiarum, ut ab iis, qui pro custodia mercedem accipiunt, *l.40.l.seq.hic,l.8.naut.caupo.stab.l.1.§.2.l.11.§.1.hic.* aut res sua natura exactissimam diligentiam desideret, *l.25.§.7.hic.§.* & *ibi Wes.Inst.eod.idem in parat.hic,n.15.Soar.in comm.opin.lit.C.n.207.* f) *d...* & *l.11.§.1.l.8.C.eod.* g) *l.9.§.2.(aliis l.10.) l.13.§.5.hic, l.22.C.de neg.gest.l.7.§.... de pact.* h) *Bald. Ang. Fulg. Castr.* & *Alex.in l.4.§.4.si quis caut.jud.sist.caus.S... d.l.8.C.hic.Imol.ad c.1.extra hic.Ias.1.cons.107.Cravett.cons.294.n.8.Fachin.1.controv.... Diss.Bart.Ias.* & *pleriq; in d.l.4.§.4.latè Pinel.ad l.2.C.de resc.vend.p.1.c.3.nu.89.* & *seqq.... Moz.h.tit.art.7.n.52.Ripa tr.de peste, rubr.de priv.contract.temp pest.n.97.Boss.tr.de rem... conduct.fac.nu.66. Menoch.1.arb.jud.q.80.Geil.2.obser.23.arg.l.78.§.fin.de contrah.empt.... quam respondet Fachin.d.c.in fin.* i) *l.9.§.5.l.25.§.7.l.60.§.7.hic,l.23.de R.I.* sive ipse dederit, sive alii quicunque ab ipso inducti, *l.11.hic.Sich.ad rubr.C.eod.nu.11.Cov.... 7.com.11.n.11.* k) *l.11.§ fin.l.25.§.3.hic.* Stipulatione tamen de non expellendo intra tempora conductionis sub certa pœna subjecta, si biennio conductor non solvat, à locatore circa metum pœnæ expelli poterit. *Dd.in l.54.§.1.hic. Covar.2.var.resol.15.num.4.*

VII.

Ex opposito conductori competit conducti actio, ut liceat re conducta uti *a*, ut reficiat locator domum locis necessariis *b*: ut damna quæ ob rei locatæ vitium conductor passus est, præstet *c*: ut ob vim majorem, sterilitatem, interitum rei locatæ merces vel in totum, vel pro parte ei remittatur *d*. Non autem sicut ob sterilitatem pensio remitti, ita ob immodicam ubertatem augeri *e*, sed tamen pensio remissa peti potest, si anno sequenti ubertas contigerit *f*.

a) aut solvatur interesse, *l.7.8.9.hic. Pac.cent.5.concil.leg.q.16. Moller.4.semestr.14.* item merces, si fortè antè soluta fuerit, reddatur, *l.15. §.6. hic.adde l.24.§.4.l.33.34.hic.* b) aut mercedem pro rata temporis remittat, *l.15.pr.l.27.hic.Wes.nu.16.* c) si modò vitium illud sciri potuit, vel res ut ab artifice locata sit, atque ita sciri vitium debuerit, *l.19.§.1.hic,l.28.C.eod.* Impensæ quoque tum necessariæ tum utiles in rem locatam factæ hac actione veniunt, *confer l.15.§.1.l.19.§.4. l.55.§.1.l.61.hic.*

l.19.C.

l.29.C.eod.Cuj.10.obs.4.in fin.Costal.in l.48.de R.V.Menoch.2.arb.jud.cent.3.cas.215. Quò pertinet quæstio: utrum conductor sumtus in rem conductam fructuum colligendorum causa factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt? Affirmat Ruin. *cons.135.Rol.à Vall.1.cons.28.n.27.arg.l.55.§.1.l.61.pr.hic.(Diss. Castr.2.cons.270.)vide Fach.1.controv.82.* d) *l.15.§.2.& 3.l.25.§.6.hic.l.8.ubi Bart. Salic.& latissimè Sich.C.eod.c.propter sterilitatem, ubi gl.Panor.& alii eod.vide Menoch.2. arb.jud cent.1.cas.76.* ubi sex distinctas opiniones de sterilitate recenset, adde Gomez. *2.var.res.3.n.18.Covar.pract.q.30.n.1. Geil.2.obs.23.Pin.ad d.l.2.p.1.c.2.n.21.& multu seqq. Cujac.15.obs.28.Lopez.1. animad.10.* An conductor pensionis liberationem obtinebit, qui prædia fluminis inundatione corrupta non iteratò seminavit? omninò: quia in culpa levissima omissio illa computatur; culpa autem levissima in hoc contractu regulariter præstanda non venit. *Surd. decis. Mant. 87. per tot.* e) *facit d.l.25.§.6. ibi.immodicum lucrum,hic.juncta l.14.de leg.3.Salic.Fulg.Castr.in d.§.6.Pinell.d.loc.nu.34. Diss.gl.Bart.Cost.in d.§.6.Innoc. Anchor. Imol.in d.c.propter sterilitatem.Gomez.2.var.res. 3.n.19.vers.item quæro.* f) *l.15.§.4.hic,l.18.C.eod. Geil.2.obs.21.& 23.ubi omninò vide.* Huc refero duas emphyteuticas quæstiones. I. Particulare damnum ad emphyteutam pertinere certum est, *l.1.C.de jur.emphyt.* quid igitur si damnum notabile contingat, puta insignis sterilitas, & talis sit emphyteuta, qui non exiguam, sed magnam pensionem solvere teneatur? Adhuc idem statuendum puto, *arg. l.1. C.de jur. emphyt.* quia tota rei substantia ex sterilitate etiam insigni non perit, *Fach.1.controv. 89.* nec possessio emphyteutæ abscedit: *Aurel.Corbul.tr.de jur.emphy.c.15.ampl.12.(Diss. Rol.à Vall.1.cons.96.n.26. Sich.ad d.l.1.n.28. Clar.§.emphyteusis,q.8. vers.sed nunquid.Geil. 2.obs.23.nu.24.)* II. Si res emphyteutica ab hostibus occupata sit, an remitti debeat emphyteutę pensio? *Aff.arg.l.12.in fi.de reb.auth.jud.possid.Clar.d.q.8.vers.sed quid si emphyteuta.Geyl.d.obs.23. Ias.in d.l.1.n.91.Fach.1.controv.90.(Diss.variè Dd.allegati ibid.*

VIII.

Finitur inter alia locatio, si res locata vendatur, adeoq; particularis successor stare locationi non tenetur *a*. Beneficium quoq; l.2. C. de resc. vend. in hoc contractu locum sibi vindicat *b*.

a) *l.25.§.1.l.23.hic,l.9.C.& ibi Dd.eod.l.120.§.fin.de leg.1.* vide eleganter & latè Covar. *2.var.res.15.* ubi aliquot limitationes proponit, *adde Guid.Pap.decis.480.Surd. decis.40.& Gomez.d.c.3.nu.9.* Et vicissim colonus partiarius non cogitur perseverare, quando res fuit alienata, *l.32.hic. Rom.in l.si filiofam.§.si vir.nu.28.Surd.decis.52.per totum.* Sed quid, si locator conductori omnia sua bona vel rem locatam pro contractus observatione specialiter obligaverit, poteritnè hoc casu conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec sibi, quod sua interest re locata usum non esse, præstetur? Affirmo cum communi, *arg.l.7.in fi.de distr.pign. Bart.in l.9.C.hic.* emtor tamen offerendo id quod interest, adhuc expellere conductorem poterit, *Fach.1 controv.88.Diss.Socin.9.cons.90.* b) *arg.§.1.Inst.hic,l.2. eod.gl.in l.21. C.eod. Wes.hic, n.12.Connan.d.lib.7.c.11.n.2.Sneid.in pr.Inst.hic,n.6.* & non tantùm locatori, sed & conductori datur, *Robert.2.animadv.14.& 2.notat.ad notat.Merc.14.Diss.Cuj.16.obs.18.& 2. not.Merc.14.* & etiam contractu finito datur. *Pin.d.loc.Diss.Dec.cons.583.in fin.*

IX.

Emphyteusis est contractus *a* juris civilis *b* & bonæ fidei *c*, quo scriptu-

ra interveniente *d* quæcunq; res immobilis *e* utenda fruenda conceditur *f* sub lege meliorationis *g*, & præstationis annuæ *h*: ea si in solo Ecclesiæ, Ecclesiastica: sin alibi, civilis appellatur *i*: utraq; vel ad certum tempus vel in perpetuum constitui potest *k*.

a) quod præter alia probat *l.1. ibi*: justum validumq; contractum, *l.2.pr.C.hic*. & quidem nominatus, Ang. *in l.1.C.hic, nu.1. Ias.n.69. Sich.nu.46. communem ait Ias.in prælud.feud.n.24.in fi.* itaq; pœnitere in eo non licebit, *Clar.§ emphyteusis, q.2.* b) *§.3.vers.sed talis, ibiq; Sneid.nu.1. Inst.locat gl.in §.jus autem, verb. penè. Inst.de jur.nat.gent. Wes.par.hic. Spec in §. nunc aliqua, in pr.de emphyteusi. Guid.de Suzar.hic, n.1. Bart.in l.6. de just.& jur.n.4. Alberic.n.26.ibid. Zas.in l 3.eo.in fin. Borch.tr.feud.c.3.nu.3.ubi vide. Diss. Coras.1.misc.21.& ad rubr. C.hic, nu.8. Connan.7.comm.12. Myns. & Hot.in §.adeò.Inst.locat. & quodammodo Cuj.par.C hic. Forcat in necyom.dial.74.nu.2.* c) *Conn.d.loc. Wes.d.§.3.Inst.locat.& par.hic.Don.§.28.n.39. Inst.de act. Diss.Spec.d.loc.n.3.Ias.in d.l.1.nu.76.Sich.nu.46. & vulgò Dd.* d) *l.1.C.hic, & ibi Bald.Sal.Sich.Clar.q.4.d.§.3.ubi Aret.n.8.Sneid.n.7.Hot.disp.feud.c.35.Borch.d.c.3.n.7.& seq. Masc.1.de prob.concl.602.n.2. Fachin.1.controv.84.Diss. Acc.& Bart.in d.l.1 Suzar.hic, nu.4.Conn.d.c.12.n.6. Molin.cons. Paris.p.2.in epit.nu.39.per Nov.7.in fin.præfat.* ubi (gesta) sunt acta publica, non privata scriptura. e) propriè quidem ager seu fundus: latè tamen res quælibet, *Borch. d.c.3.n.4.* (modò corporea sit. *Tib.Decian.3.respons.123.n.44.) per l.15.§.26.dam.inf.Nov.120.c.1.in fin.& auth.si quas.C.de SS.Eccl. Diss.Don 9.comm.13.* f) à domino, cui prædii alienatio interdicta non sit, *d.l.1.ubi Ias.nu.38.& seq.Borch.Don.d.loc.* atq; hæc summa differentia est contractus emphyteutici & censualis. in illo ususfructus tantùm & dominiũ possessionis transfertur in emphyteutam; in hoc etiam dominium proprietatis, ut penes concedentem nihil juris præter annuam pensionem maneat, *gl.in c.constitutus, verb.juxta ratam, ibiq; Panor.n.20.de relig.dom. Bart.in l.1.§.hic titulus, nu.4.de publican. Everh.in Top.loc.ab emphyt.ad cens.Dan.Moll.ad p.2.constit.El.Aug.c.39. nu.5.vers.de quo obiter. Vult.1.feud.12.n.8. Gœdd.ad l.115.de V.S.(Diss.Molin.p.2.cons.Paris. pr.n.39 Myns.ad §.2.Inst.hic, n.10.) aliter Tiraq.p.1.de retract.§.35.gl.1 pr.* qui promiscuum hodie usum esse & differentias illas in desuetudinem abiisse cõtendit: sed licet quoad hanc summam differentiam dissentiat Molin. *d. loc.* tamen ibidem paulò ante *n.21.& seq.* tres alias recenset, ubi vide. Est autem hujus differentiæ usus practicus in illo: quòd in dubio contractus magis pro censitico habetur quàm pro emphyteutico, *arg.l.semper, de V.O.l.9. de R.I. Menoch.3 præs.n.3.4.5.* ubi plurimos allegat, & magis receptum docet; *sequitur Nov.El.Aug.p.2.c.39.ibiq; Dan.Moller. (Diss.Everh.d.loc.nu.5.& alii quos allegat Men.d.loc.n.6.)* itaq; illo casu, cùm bona pro censiticis habentur, privationi ob non solutum censum locus non est, sed adhuc ad solutionem cum condemnatione in expensas & pœna arbitraria contumax censuarius adigitur, *idq; sequitur Nov.El. Aug.d.p.2.c.39.* g) *l.2.3.C.hic.* unde à subtiliore parte culturæ emphyteusis nominatur. *Borch.d.c.3.n.6.* h) in dominii recognitionem, *d.l.2. & 3.Sich.ad d.l.1.nu.27.adde Cuj.in c.un.qui success.feud.ten.Coras.in rubr.C.hic.* i) *Vult.1.Iurispr.36. Wes.par.hic, n.2.Sneid.d. §.3.num.8.Ferrar.rubr.C.hic.* k) *facit Nov.120.c 6.& auth.perpetua. C.de SS.Eccl.Suzar.hic, n.6. Clar.d.§.q.28. Diss.Ias.in d.l.1. n.26.Wes.par.hic.*

X.

In perpetuum constituta emphyteusis, si fuerit civilis, transit ad quosvis he-

vis heredes: Ecclesiastica tantùm ad descendentes, etiam ultra tertiam generationem *a*: ad certum verò tempus constituta, si civilis fuerit, ad quoscunq; heredes intra præscriptum tempus transit: Ecclesiastica deficientibus descendentibus etiam ante illud tempus elapsum ad Ecclesiam revertitur *b*.

a) excepta emphyteusi, quæ à majore Ecclesia Constantinopolitana, vel aliis religiosis ædibus, quæ intra eam urbem sunt, constituta est, quæ in nepotibus finitur. *Nov.7.c.4.Nov.55.c.2. Nov.120.c.6.§.1.ubi Cuj.Borch.d.c.3.n.14. Clar.d.§ q.28.nu.2.* ubi hanc communem asserit. *Diss.Goz.ad.cons.39.n.6.& seqq.Ias.in d.l.2.C.hic,n.160 & seq.Cov.2.var.res.17.n.5. cum multis ibi alleg.* b) *per ea quæ tradit Borch.d.c.3.n.15. Clar.d.q.28.nu.3.* Tempore verò finito ex taciturnitate utriusq; partis emphyteusin non renovatam censeri putamus. *Ias.in l.1.C.hic,n.66. Alex.5.cons.76.n.4. Menoch.tr.de præsumt.lib.3.c.85.* nam ubi scriptura opus est, tacitæ renovationi non est locus, *l.13.§. ult.locat.Diss.Lud.Rom cons.103.quem sequitur Alc.tr.de præsumt.reg.2.præs.17.nu.3.vide sup th.4. lit.D.* Quare si emphyteuta pro se & filiis suis emphyteusin acceperit, tum ad solos descendentes ea pertinebit. *Clar.d.q.28.n.4.Cov.2.var.res.18.n.2.* ideoq; eam uni ex iis in præjudicium aliorum prælegare non poterit, *per allegata à Covar.d.loc.* si autem emphyteusis pro se & quibuscunq; heredibus accepta sit, tum ad descendentes & extraneos transit, sive civilis sive Ecclesiastica fuerit: (modò in Ecclesiastica adhibeatur solennitas debita) *Borch.d.c.3.n.17.per ea quæ tradit A.Gabr.6.com.concl.tit. de V.S.concl.4.Rol.à Vall.1.cons.96.nu.28.* Idemq; in emphyteusi Ecclesiastica dicimus, si pro se & heredibus accepta sit, *c.in præsentia,de probat.ubi Abb.num.29.Felin.num.19. Dec.nu.48.Gozadin.cons.86.nu.22.Paris.4.cons.85.nu.17.& seq.Borch.d.num.17.Diss.Clar. d.q.28.Rol.à Vall.d.cons.96.num.6.& seqq.* Est & hoc singulare in emphyteusi Ecclesiastica, quòd emphyteuta qui Ecclesiæ solvit collectas, de jure non tenetur temporali domino ad tributa fiscalia, *arg.l.10.C.de excus.mun.lib.10.l.2.C.de Episc.& Cler.c.1.de immunit. Eccles.in 6.item arg.l.1.C.de impon.lucr.descript.juncta l 3.C.de SS.Eccles.Bart.in d.l.10.Ias.in l.1.C.hic,nu.31.Fachin.1.controv.91. Diss. Andr.de Ysern.ad tit.quæ sint regalia, verb.plaustrorum. Alex.1.cons.101.Natta cons.114.n.18.* quorum sententiam usu observari vidi, maximè in tributis talibus, quæ ad defensionem publicam coguntur, als anlagen zur Türckensteuer.

XI.

Adquiritur emphyteusis testamento, pactionibus *a*, præscriptione *b*, & successione *c*. An verò etiam immunitas à præstatione pensionis longissimo tempore præscribitur? Nego *d*. Sicut nec illud admitto: ut patris hereditate repudiata, filio emphyteusin retinere liceat *e*. Tandem naturales & legitimatos filios in civili emphyteusi succedere existimo *f*.

a) *Wes.par.hic.Don.d.c.13.* Pactiones verò illæ, quæ contractui apponuntur, modis omnibus servandæ sunt, *l.2.ubi Bart.Bald.Ias.& vulgò Dd.C.hic.Connan.d.c.12. num.6.& 8.* Itaque si de periculis & casu fortuito aliquid convenerit, illud servabitur: aliâs totius rei interitus ad dominum, damnum autem particulare ad emphyteutam pertinebit, *l.1.in fin.& ibi Sich. C.hic.* Quo posito, sequitur emphyteutas à Canone præstando non liberari ob inundationem. *Don.d.lib.9.c.14. Conn.d.c.12.n.7.*

Diff. Alex. 1. conf. 112. neq; ob sterilitatem agrorum, ut commune ait Jas. *in l. 1. nu. 18. C. hic. Abb. in d. c. nu. 3 Clar. d. §. q. 8. n. 7. Natt. 1. consf. 94. nu. 14. cum seqq. Diff. Alex. d. conf. 112. n. 3. vide Geil. 2. obs. 23. n. 23. & seq.* neq; ob incursum hostium. *Con. d. n. 7. Don. d. c. 14. pulchrè Borch. d. c. 3. nu. 12.* per autoritates & rationes ibid. allegatas. *Diff. Clar. d. q. 8. nu. 6. Sich. ad d. l. 1. nu. 31.* b) 30. vel 40. annorum, si tamdiu rem immobilem ut emphyteuta possiderit, & canonem solverit, *Wes. par. hic. Ferrar. rubr. C. eod.* quod tamen cum illo moderamine accipiendum est, si de titulo locationis ab initio non constet, (ut pulchrè & prolixè contra Bald. ejusq; sequaces deducit Crav. *tr. de antiq. tem. §. materia, nu.* 100. *& multis seqq. sequitur Nov. El. Aug. p. 1. c. 40. ibiq; Moller.*) Quod si tertio bona fide longissimo tempore possideat, putans bona prioris possessoris fuisse propria, præscribuntur pro censiticis, *d. Nov. p. 1. c. 40. in fi. per tradita sup. th. 9. lit. F. in fin.* Affinis est & quotidiana quæstio: an nobilis vel alius tenens feudum, si emat bona vel agros rusticos, eo ipso, quòd cum bonis feudalibus ejusmodi bona rustica conjungit, feudalia efficiat? & nisi per investituram ea pro feudalibus receperit, vel per tempus tricennale talia bona pro feudalibus reputata fuerint, verius est feudalia non effici; *per notabiliter deducta à Zobel. 2 diff 46. ubi vide.* unde feudo qualitercunque amisso talia non amissa censebuntur, nisi in casibus, quos jam excepi, *per tradita Schrad. tract. feud. 2. p. 9. part. principal. sect. 4. num. 6. usq; ad* 13. quod si omninò nesciatur qualitas rei, tunc feudale censetur omne quod feudo cohæret, *Zobel. d. diff. 46. nu. 17.* quod pulchrè explicat Menoch. 3. *præsumt.* 101. *ubi vide.* c) quæ secundum jus commune accipitur, adeoq; tam fœminas quàm masculos admittit, nisi aliud convenerit. *Clar. d. §. q. 32. prin. Ias. d. l. 2. n. 568. arg. l. 4. C. de lib. præt.* d) *arg. l. 7. §. 6. C. de præscr. 30. vel 40. annor. Mynf. 3. obs. 13. Geil. 2. obs. 73 pr. ubi vide alleg. Diff. Schurff. 1. conf. 10. per tot. vide plenè infra p. 2. disp. 22. th. 3. lit. I.* e) *facit c. un. an agnat. vel fil. & ibi gloss. Diff. Bart. Bald. Ang. & alii in l. 17. §. 4 de pact. Geil. 2. obs. 128. num. 18. Clar. d. §. q. 37.* f) *commune ait Clar. d. §. q. 10. & seq.* quod examinat Rimin. *conf.* 447. *adde Ias. d. l. 2. n.* 203.

XII.

Canone non soluto *a* intra biennium ecclesiastica, intra triennium civilis emphyteusis amittitur *b*, etsi interpellatum non sit *c*: nec mora oblatione postea purgatur *d*: nec dominus post elapsum tempus oblatum recipiens, juri expellendi renunciat *e*: pœnâ tamen promissâ, si canon non solveretur, utrumq; simul exigi nequit *f*.

a) vel apochis fiscalibus non redditis, *d. l. 2. ubi Coras. Borch. c. 3. n. 8.* An idem est laudemio non soluto? Negat Amed. de Pont. *tract. de laudemio. quæst. 19. Surd. decis. Mant. 200. arg. l. fin. §. & ne avaritia. C. hic.* Est autem laudemium id, quod emtor sive successor rei emphyteuticæ domino pro traditione possessionis, *gloss. Sal. Ias. in d. l. fi. Rom. sing.* 182. unde concessa licentia alienandi, non censetur remissa solutio laudemii, *Salic. in d. l. fin. n. 2. Ias. ibid. n. 4. Surd. d. decis. num. 5. (Diff. Cephal. conf. 699. nu. 30.)* certum est quòd bona merè censualia ob non solutum censum non amittantur: an autem talia, vel emphyteutica sint, ob es schlechte Zinß / oder Erbzinß güter seyen / ex scriptura plerunq; dijudicatur: *vide Zobel. p. 2. diff. 45. & Nov. Elect. Aug. p. 2. c. 39. ibiq; Dan. Moller. Diff. Tiraq. de retract. p. 1. §. 35. gl. 1. in pr.* putans inter hæc nihil interesse. b) *d. l. 2. Coras. nu. 2. & 8. Clar. q. 8. n. 1. per Nov. 7. c. 3.* idq; ipso jure, si modò de cessatione constet, &

stet, & dominus voluntatem suam declaret, *arg. d. l. 2. ubi Ias. num. 14. Aurel. Corbul. tr. hic, c. 15. ampl. 45. Fachin. 1. controvers. 93.* (*Diss. Spec. tit. de emphyt. qu. 41. & alii relati à Tiraq. in l. si unquam, C. de revoc. donat. verb. revertatur, num.* 187. quæ sententia in Saxonia peculiari constitutione obtinet, *Nov. Elect. p. 2. c. 38.*) antequam autem dominus voluntatem illam suam declaret, non dubito fructus ad emphyteutam pertinere, *arg. d. l. 2. ibi: si dominus velit, junct. l. 41. de condit. & demonstr. arg. l. 35. de R. V. Benintend. decis. 37. Aurel. Corbul. d. c. 15. ampl. 38. Fachin. 1. controv. 94.* (*Diss. Spec. d. tit. q. 10. Ias. in d. l. 2. nu. 17. & alii relati à Tiraq. d. loc. num.* 271.) Quid si emphyteuta solvit quidem aliquid per triennium, sed non totum? *vide Fachin. 1. controv. 96.* Et, an dominus propria autoritate dominum expellere possit? *vide Fach. 1. controv. 95.* c) *arg. d. l. 2. ubi Coras. n. 23. Sich. nu. 3. Duar. ad l. 77. de V. O. Diss. Ferret. tr. de mora. nu. 22.* d) *arg. l. 12. C. de contr. stipul. l. 23. de obl. & act. Ias. in d. l. 2. nu. 73. & vulgò Legistæ. Fach. 1. controv. 98. Sich. in d. l. 2. Diss. Clar. d. q. 8. num. 15. Coras. in d. l. 2. num. 16 per c. potuit, locat.* quod de emphyteusi Ecclesiæ accipio: quanquam de omni emphyteusi eandem sententiam latè tuetur *Dan. Moller. ad p. 2. constit. El. Aug. c. 38. num. 9. & seqq.* & æquior sanè videtur, altera de rigore juris verior. e) *arg. l. 4. C. de pact. int. emt. l. 10. §. fin. de publ & vect. Donell. d. lib. 9. c. 15. Sich. in d. l. 2. nu. 15. Diss. Bart. in d. l. 2. num.* 8. cujus distinctionem vulgò rejectam ait Jas. *ibid. nu.* 124. quem vide latissimè. *adde Fachin. 1. controv. 99.* ubi aliquot casus distinguit. f) *arg. l. 28. 47. de act. emt. l. 41. ubi Cost. pro soc. Ias. in d. l. 1. nu. 144. & ibi Coras. nu. 21. Suzar. hic, nu. 20. Clar. qu. 8. nu. 12. Diss. Sich. in d. l. 2. num. 15.* Quod verò jure Saxon. dicitur, censum debito tempore non solutum, altera die & singulis diebus duplicari, Landr. *libr. 1. artic.* 54. id Zobel. *ibid. in addit.* non docet de Canone emphyteutico, sed de peculiari quodam genere census, Ritscher Zinß / quibusdam locis adhuc usitato accipiendum, sequitur Dan. Moller. *ad p. 2. constit. Elect. 38. in fin.*

XIII.

Uno etiam ex pluribus heredibus non solvente, tota emphyteusis amittitur *a*, etsi is rem emphyteuticam esse ignoret *b*. Sine causa dominus emphyteutæ prædium auferre nequit *c*, nec emphyteuta invito domino illud deserere *d*, nec alienare *e*, sed benè oppignorare *f* potest. Tandem conditionem ex lege *g* hic contractus parit.

a) *gl. in l. 7. comm. div. Ias. in d. l. 2. nu. 58. Sich. n. 7. Clar. d. q. 8. nu. 13. Diss. Coras. in d. l. 2 nu. 11. Mynf. 4. obs. 66. Fachin. 1. controv. 97.* b) *Sich. in d. l. 2. nu. 5. Diss. Bald. Cyn. Salic. ibid. Suzar. d. tract. num. 12.* c) *Bart. in d. l. 2.* d) *Acc. Bart. Coras. in d. l. 2. Pinel. ad l. 2. C. de resc. p. 2 c 4. nu. 2. Diss. Con. d. c. 12. nu. 7. & seq.* e) *l. 3. C. hic.* ne quidem permutando vel donando, *Sich. ad d. l. 3. num. 16. & seqq. Don. d. lib. 9. c. 14. Diss. vulgò Dd. Borch. c. 3. n. 42.* Hic quæritur: An dominus directus cogi possit invitus, ut vel rustico suo permittat prædium emphyteuticum alteri nobili vendere, vel ipsemet emere? Nego cum Jas. *in l. fin. C. hic, nu. 9. junct. l. milites, C. de locat. Moll. 2. semestr.* 13. ubi *nu.* 2. tradit, ne tum quidem id rustico permittendum, si emtor ille nobilis paratum se diceret, per rusticum vices suas sustinentem (Lehenträger vulgò vocant) dominum directum recognoscere: quod tamen alibi admissum scio. Etsi autem ob alienationem inscio domino, vel ejus beneplacito non reservato factam, emphyteusis domino de jure civili adquiratur, *d. l.* 3. tamen id in Gallia & Sabaudia usu non servari post Purpur. & alios testatur Tessaur. *decis.* 169. ubi pronunciatum

Diss. Alex. 1. *consf.* 112. neq; ob sterilitatem agrorum, ut commune ait Jas. *in l.* 1. *nu.* 18. *C. hic. Abb. in d. c. nu.* 3 *Clar. d. §. q.* 8. *n.* 7. *Natt.* 1. *cons.* 94. *nu.* 14. *cum seqq. Diss. Alex. d. cons.* 112. *n.* 3. *vide Geil.* 2. *obs.* 23. *n.* 23. *& seq.* neq; ob incursum hostium. *Con. d. n.* 7. *Don. d. c.* 14. *pulchrè Borch. d. c.* 3. *nu.* 12. per autoritates & rationes ibid. allegatas. *Diss. Clar. d q.* 8. *nu.* 6. *Sich. ad d. l.* 1. *nu.* 31. b) 30. vel 40. annorum, si tamdiu rem immobilem ut emphyteuta possiderit, & canonem solverit, *Wes. par. hic. Ferrar. rubr. C. eod.* quod tamen cum illo moderamine accipiendum est, si de titulo locationis ab initio non constet, (ut pulchrè & prolixè contra Bald. ejusq; sequaces deducit Crav. *tr. de antiq. tem. §. materia. nu.* 100. *& multis seqq. sequitur Nov. El. Aug. p.* 1. *c.* 40. *ibiq; Moller.*) Quod si tertio bona fide longissimo tempore possideat, putans bona prioris possessoris fuisse propria, præscribuntur pro censiticis, *d. Nov. p.* 2. *c.* 40. *in fi. per tradita sup. th.* 9. *lit. F. in fin.* Affinis est & quotidiana quæstio: an nobilis vel alius tenens feudum, si emat bona vel agros rusticos, eo ipso, quòd cum bonis feudalibus ejusmodi bona rustica conjungit, feudalia efficiat? & nisi per investituram ea pro feudalibus receperit, vel per tempus tricennale talia bona pro feudalibus reputata fuerint, verius est feudalia non effici; *per notabiliter deducta à Zobel.* 2 *diff* 46. *ubi vide.* unde feudo qualitercunque amisso talia non amissa censebuntur, nisi in casibus, quos jam excepi, *per tradita Schrad. tract. feud.* 2. *p.* 9. *part. principal. sect.* 4. *num.* 6. *usq; ad* 13. quod si omninò nesciatur qualitas rei, tunc feudale censetur omne quod feudo cohæret, *Zobel. d. diff.* 46. *nu.* 17. quod pulchrè explicat Menoch. 3. *præsumt.* 101. *ubi vide.* c) quæ secundum jus commune accipitur, adeoq; tam fœminas quàm masculos admittit, nisi aliud convenerit. *Clar. d. §. q.* 32 *prin. Ias. d. l.* 2. *n.* 568. *arg. l.* 4. *C. de lib. præt.* d) *arg. l.* 7. *§.* 6. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor. Myns.* 3. *obs.* 13. *Geil.* 2. *obs.* 73 *pr. ubi vide alleg. Diss. Schurff.* 1. *cons.* 10. *per tot. vide plenè infra p.* 2. *disp.* 22. *th* 3. *lit. I.* e) *facit c. un. an agnat. vel fil. & ibi gloss. Diss. Bart. Bald. Ang. & alii in l.* 17. *§.* 4. *de pact. Geil.* 2. *obs.* 128. *num.* 18. *Clar. d. §. q.* 37. f) *commune ait Clar. d. §. q.* 10. *& seq.* quod examinat Rimin. *cons.* 447. *adde Ias. d. l.* 2. *n.* 203.

XII.

Canone non soluto *a* intra biennium ecclesiastica, intra triennium civilis emphyteusis amittitur *b*, etsi interpellatum non sit *c*: nec mora oblatione postea purgatur *d*: nec dominus post elapsum tempus oblatum recipiens, juri expellendi renunciat *e*: pœnâ tamen promissâ, si canon non solveretur, utrumq; simul exigi nequit *f*.

a) vel apochis fiscalibus non redditis, *d. l.* 2. *ubi Coras. Borch. c.* 3. *n.* 8. An idem est laudemio non soluto? Negat Amed. de Pont. *tract. de laudemio. quæst.* 19. *Surd. decis. Mant.* 200. *arg. l. fin. §. & ne avaritia. C. hic.* Est autem laudemium id, quod emtor sive successor rei emphyteuticæ domino pro traditione possessionis, *gloss. Sal. Ias. in d. l. fi. Rom. sing.* 182. unde concessa licentia alienandi, non censetur remissa solutio laudemii, *Salic. in d. l. fin. n.* 2. *Ias. ibid. n.* 4. *Surd. d. decis. num.* 5. (*Diss. Cephal. cons.* 699. *nu.* 30.) certum est quòd bona merè censualia ob non solutum censum non amittantur: an autem talia, vel emphyteutica sint, ob es schlechte Zinß / oder Erbzinß güter seyen / ex scriptura plerunq; dijudicatur: *vide Zobel. p.* 2. *diff.* 45. *& Nov. Elect. Aug. p.* 2. *c.* 39. *ibiq; Dan. Moller. Diss. Tiraq. de retract. p.* 1. *§.* 35. *gl.* 1. *in pr.* putans inter hæc nihil interesse. b) *d. l.* 2. *Coras. nu.* 2. *&* 8. *Clar. q.* 8. *n.* 1. *per Nov.* 7. *c.* 3. idq; ipso jure, si modò de cessatione constet, &

stet, & dominus voluntatem suam declaret, *arg. d. l. 2. ubi Iaf. num. 14. Aurel. Corbul. tr. hic, c. 15. ampl. 45. Fachin. 1. controverf. 93.* (*Diff. Spec. tit. de emphyt. qu. 41. & alii relati à Tiraq. in l. si unquam, C. de revoc. donat. verb. revertatur, num.* 187. quæ sententia in Saxonia peculiari constitutione obtinet, *Nov. Elect. p. 2. c. 38.*) antequam autem dominus voluntatem illam suam declaret, non dubito fructus ad emphyteutam pertinere, *arg. d. l. 2. ibi: si dominus velit, junct. l. 41. de condit. & demonstr. arg. l. 35. de R. V. Benintend. decis. 37. Aurel. Corbul. d. c. 15. ampl. 38. Fachin. 1. controv. 94.* (*Diff. Spec. d. tit. q.* 10. *Iaf. in d. l. 2. nu. 17. & alii relati à Tiraq. d. loc. num. 271.*) Quid si emphyteuta solvit quidem aliquid per triennium, sed non totum? *vide Fachin. 1. controv. 96.* Et, an dominus propria autoritate dominum expellere possit? *vide Fach. 1. controv. 95.* c) *arg. d. l. 2. ubi Coraf. n. 23. Sich. nu. 3. Duar. ad l. 77. de V. O. Diff. Ferret. tr. de mora. nu. 22.* d) *arg. l. 12. C. de contr. stipul. l. 23. de obl. & act. Iaf. in d. l. 2. nu. 73. & vulgò Legista. Fach. 1. controv. 98. Sich. in d. l. 2. Diff. Clar. d. q. 8. num. 15. Coraf. in d. l. 2. num. 16 per c. potuit, locat.* quod de emphyteusi Ecclesiæ accipio: quanquam de omni emphyteusi eandem sententiam latè tuetur *Dan. Moller. ad p. 2. constit. El. Aug. c. 38. num. 9. & seqq.* & æquior sanè videtur, altera de rigore juris verior. e) *arg. l. 4. C. de pact. int. emt. l. 10. §. fin. de publ & vect. Donell. d. lib. 9. c. 15. Sich. in d. l. 2. nu. 15. Diff. Bart. in d. l. 2. num.* 8. cujus distinctionem vulgò rejectam ait Jaf. *ibid. nu.* 124. quem vide latissimè. *adde Fachin. 1. controv. 99.* ubi aliquot casus distinguit. f) *arg. l. 28. 47. de act. emt. l. 41. ubi Cost. pro soc. Iaf. in d. l. 1. nu. 144. & ibi Coraf. nu. 21. Suzar. hic, nu. 20. Clar. qu. 8. nu. 12. Diff. Sich. in d. l. 2. num. 15.* Quod verò jure Saxon. dicitur, censum debito tempore non solutum, altera die & singulis diebus duplicari, *Landr. libr. 1. artic. 54.* id Zobel. *ibid. in addit.* non docet de Canone emphyteutico, sed de peculiari quodam genere census, Rückscher Zinß / quibusdam locis adhuc usitato accipiendum, sequitur Dan. Moller. *ad p. 2. constit. Elect. 38. in fin.*

XIII.

Uno etiam ex pluribus heredibus non solvente, tota emphyteusis amittitur *a*, etsi is rem emphyteuticam esse ignoret *b*. Sine causa dominus emphyteutæ prædium auferre nequit *c*, nec emphyteuta invito domino illud deserere *d*, nec alienare *e*, sed benè oppignorare *f* potest. Tandem conditionem ex lege *g* hic contractus parit.

a) *gl. in l. 7. comm. div. Iaf. in d. l. 2. nu. 58. Sich. n. 7. Clar. d. q. 8. nu. 13. Diff. Coraf. in d. l. 2. nu. 11. Mynf. 4. obf. 66. Fachin. 1. controv. 97.* b) *Sich. in d. l. 2. nu. 5. Diff. Bald. Cyn. Salic. ibid. Suzar. d. tract. num. 12.* c) *Bart. in d. l. 2.* d) *Acc. Bart. Coraf. in d. l. 2. Pinel. ad l. 2. C. de resc. p. 2. c. 4. nu. 2. Diff. Con. d. c. 12. nu. 7. & seq.* e) *l. 3. C. hic*, ne quidem permutando vel donando, *Sich. ad d. l. 3. num. 16. & seqq. Don. d. lib. 9. c. 14. Diff. vulgò Dd. Borth. c. 3. n. 42.* Hic quæritur: An dominus directus cogi possit invitus, ut vel rustico suo permittat prædium emphyteuticum alteri nobili vendere, vel ipsemet emere? Nego cum Jaf. *in l. fin. C. hic, nu. 9. junct. l. milites, C. de locat. Moll. 2. semestr. 13.* ubi *nu. 2.* tradit, ne tum quidem id rustico permittendum, si emtor ille nobilis paratum se diceret, per rusticum vices suas sustinentem (Lehnträger vulgò vocant) dominum directum recognoscere: quod tamen alibi admissum scio. Etsi autem ob alienationem inscio domino, vel ejus beneplacito non reservato factam, emphyteusis domino de jure civili adquiratur, *d. l. 3.* tamen id in Gallia & Sabaudia usu non servari post Purpur. & alios testatur Tessaur. *decis. 169.* ubi pronun-

ciatum ait; licet emphyteuta excusetur à pœna, tamen posse dominum precium offerre, & rem sibi habere. f) *l.16.§.fin.de pign.act.l.31.de pign.Clar.quæst.18.Borch.d.c.3.nu.43.Don.d.c.14.Geil.2.obs.25.* g) Zenoniana, *Donell.d.c.14. VVes.par.hic. Sich.in d.l.1.nu.47.Diss.Bart.ad l.1.de cond.ex lege,nu.7.& 8.Mynf.in §.adeò,Inst.hic,nu.6.* Emphyteusi finita meliorationes ad dominum pertinent, *l.2.C.hic.* etiam eo casu, quo sine culpa coloni finitur, puta propter finitam generationem, cui emphyteusis concessa fuerat, *arg.l.55.l.61.locat.l.7.de neg.gest.Fr.Sarmient.3.select.interpret.4. Fachin.1.controv.92.(Diss post Bald.Ias.in d.l.2.nu.27.)* nec tenetur dominus hoc casu emphyteusin proximo prioris emphyteutæ agnato concedere, nisi id ita convenerit, *l.14.C.de contr.emt.l.21.C..mand.l.13.in fin.de injur. Sarmient.3.select.interpret.7. Benintend.decis.19.Geil.2.obs.148.Fachin.1.controv.100. Diss.post Bart.Ias.in d.l.2.nu.22.& alii relati à Gabriel.tit.de jur.emphyt.concl.1.*

DISPUTATIO XXX.

De Præscriptis verbis, & in factum actionibus.

Respondente Joanne Rhem Francofurtano ad Mœnum.

Thesis I.

CUm naturâ plura sint negocia quàm vocabula *a*, evenit nonnunquam ut cessantibus negotiis proditis, & vulgaribus actionibus, cùm proprium nomen invenire non possumus *b*, facilè ad eas quæ in factum *c* appellantur, actiones descendamus *d*.

a) *l.4.de præscr.verb.* b) *l.2.eod.cum l.seq.l.7.§.1.cum seq.de pact.* c) quod vocabulum hic latè accipitur, omnes illos nomine qui vacant contractus complectens: *VVes.in par.de æstim.in pr.Don.in tr.de præscr.verb.c.2.* quanquam in specie actioni præscriptis verbis opponatur, *l.11.eod.25.§ pen.de obl.& act.Mynf.in §.actionum 28.Inst.de act.n.78.*exemplo adoptionis, *Don.d.loco.* Rectè igitur ac verè *ad l.7.de pact.& ad not.ad inst.de loc.cond.§.1.item in par.de præscript.verb.Cujac.* omnem quidem actionem præscriptis verbis in factum, non verò omnem in factum præscriptis verbis esse actionem, docuit. *Diss.videtur Donell.in tr.de præscr.verb.c.21.& 22.Sich.in rubr.C.de rer.permut.num.7.* d) sunt autem multiplices ac variæ: Quædam enim sunt prætoriæ: ut actio in factum accommodata legi Aquiliæ, *§.fin.Instit.ad l.Aquil.l.9.ff.ad l.Aquil.* omniaq; ferè Prætorum edicta, *l.7.§.7.ff.de minor.VVesenb.in parat.in fin.Cujac.in par.hic,& ad d.l.7.de pact.* quædam civiles, *l.5.§.2.de præscr.verb.* ut actio in factum simplex, *l.19.cum l.22.& seq.de præscr. verb.* actio in factum præscriptis verbis, *l.22.cum l.24.eod.* & actio deniq; præscriptis verbis tantùm, *l.2.l.5.§.at cum do.2.& §.4.l.7.8.l.17.cum seqq.eod.Cujac.in d.l.7.*

II.

Inter quas primò sese offert *a* actio *de æstimato b:* quæ tollendæ dubitationis gratia proponitur *c:* ut cùm res æstimata vendenda datur *d*, aut res ipsa incorrupta *e*, aut æstimatio de qua convenit *f*, reddatur *g*.

a) secun-

a) secundùm ordinem juris Pandectarum: quod ideò fit, quia hic contractus, ut & rerum permutationis, bonæfidei est, *§. actionum. 28. Instit. de act. l. 1. & ibi Ias. in rubr. & pr. l. 1 hic.* b) quæ etiam dicitur æstimatoria, ut inscriptio tit. hic indicat. Neq; verò vocabulum æstimatoriæ nomen actionis est, sed qualitas quæ adjicitur actioni præscriptis verbis, *l. 1. h. tit. & ibi eleganter Ias.* c) dubitatum enim fuit inter veteres ob æstimationem, an emtio vel venditio: ob operas locatio vel conductio: & si nulla interveniebat merx utrum mandatum esset, *d. l. 1. h. t. & ibi Ias. nec non Wes. in par. num. 2. Old. class. 4. act. 3. Vult. 1 jurispr. Rom. c. 41. Myns. in d. §. actionum, n. 84.* d) nulla adhibita distinctione, an cum vel sine mercede acceperit, *l. 2. h. t. Old. d. act. 3. Myns. d. loc. n. 85.* e) ergo periculum in eum cui res æstimata nata est, transibit? Quod omninò puto *per l. 1. hic, l. 5. §. etsi forte. 3. commod.* adhibita tamen distinctione Ulp. *in l. 17. §. 1. de praescript. verb. Oldend. d. act. 3. class. 4. vide Conanum lib. 7. c. 15. num. 4. Goth ad d. l. 1. Diss. Ioan. gloss. quem sequitur Bart. in d. l. 1. num. 1. Wesenb. in parat. in fin. Bart. in l. si ut certo 5. §. nunc videndum, n. 5. vide Ias. in d. l. 1. & Old. d. loc.* sunt & alii, aliam qui adferunt distinctionem, quam vide apud Bart. *in d. l. si ut certo, nu. 4. & in l. 1. de aest. nu. 3. ibidemq; Ias. & Costal. quos sequitur Myns. in d. §. actionum, nu. 87.* f) *d. l. 1. h. t.* quid si pluris fuerit res vendita? Et conventio spectanda est, qua convenit illud plus recipiens ut habeat, *l. item 22. §. fin. locat.* ita tamen casum etiam fortuitum ut præstet, *l. 13. in pr. de praescr. verb.* si non convenit, dubium non est illud, plus quin teneatur restituere, *arg. l. 46. §. 4. de procur. l. 20 pr. de praescript. verb. Ias. in d. l. 1. num. 2. & 3.* g) sed quid si nec vendere nec restituere: mihi verò retinere & æstimationem solvere velim? Est sub distinctione Ulp. *in d. l. 17.* respondendum: ut benè & verè animadvertit Conan. *d. lib. 7. c. 15. num. 4.* Dissent. Cujac. quem sequitur Vult. *d. c. 41.* Datur etiam hæc actio heredibus & in heredes, *Oldend. d. class. 4. act. 3.*

III.

Secundò *permutatio* a quæ vicem emtionis obtinet *b*, vicinaq; emtioni dicitur *c*, & plurima cum contractu emtionis & venditionis habet communia *d*.

a) *t. t. de rer pemut.* b) *l. 2. eod. l. 2. C. eod l. fin. quib. ex caus. in poss. eatur, l. 4. §. 31. de dol. mal. & met. excep.* c) *d. l. 2.* d) *l. 19. §. 5. de ædil. edict.* Et ideò etiam in ea usucapiendi conditio procedit, *l. 4. §. 17. de usucap. Oldend. class. 4. act. 38. Myns. in d. §. actionum, nu. 99.* evictioq; & ratihabitio præstatur, *l. 1. C. hic, l. 29. juncta l. 4. C. de evict. l. 1. §. 1. hic, l. 19. §. pen. de ædil. edict. Wes. par. n. 2. Sich. in l. 2. C. eod. nu. 1.* Differt tamen in multis, ut videre est *in l. 1. hic.* Unde quæst. *in d. l. 1. n. 6. & 7.* tractat Jas. An statutum loquens de emtione-venditione, locum habeat in permutatione? Primò, in emtione-venditione emtor cogitur numos facere venditoris, & venditor rem venditam tradere, *l. 11. §. 2. de act. emt* in permutatione dominium utrinq; transferri oportet, cùm constitui ibi non possit, quid precium sit, quid merx, *l. 3. de permut. Ant. Fab. 6. conject. 9. Borch. & Hotom. ad §. item precium, Instit. de loc. conduct. Myns. ad §. actionum, nu. 98. Diss. Conan. d. lib. 7. c. 5. nu. 2. Wes. par. n 4. Ias. in l. 1. hic, n. 1.* Secundò, permutatio fit rebus, emtio minimè, *l. 7. C. eod. l. 1. §. 1. de contr. emt.* Tertiò, emtio nuda voluntate contrahitur: permutatio ex re tradita initium obligationi præbet *d. l. 1.* Addunt vulgò quartam differentiam gloss. Jas. & Aretin. *ad d. §. actionum,* quòd in venditione non transferatur dominium, nisi precio soluto, vel fide habita, *§. vendita, Inst.*

Inst.de rer.divis. quod in permutatione secus fit, *Ias.d.loc.& in d.l.1.nu.10. Azo in summ. C.eod.num.8. Sich.in l.2. C.eod.* Addunt & quintam nonnulli, quòd in aliena re permutatio non procedat, *l.1.hic, Sich.ad d.l.2.num.1.* emtio procedat. Quæ sententia etsi verbis JC. aliquatenus congruere videatur, attamen cùm contraria etiam non levibus nitatur fundamentis, videbimus quid pro utraq; dici probabiliter possit. *vide Bart.& Ias.in d.l.1.Azo in summ.C.nu.7.Sich.ad d.l.1.num.5. Conan.d.c.5. in fin. Ant.Fab. 6.conject.9. in fin.* Maximè tamen nobis placet in hac quæstione distinctio Cujac.23. *obs.*28.& Wes.*par.hic,n.9.*

IV.

Definitur permutatio contractus innominatus *a* re & consensu constans *b*, quo certa species cum certa specie *c* commutatur *d*.

a) *Vult.1.jurispr.c.41.confer quæ dicta sunt th.2.lit.B.* Dissentire videtur Coras. 1.*misc.23.num.4.* à qua opinione tamen recedit 2.*misc.*15. ut monet Goth. *ad d.l.2.hic.* Rationem autem cur dicatur contractus innominatus, cùm tamen videatur nomen habere elegans, acutè reddit Vult.*d.c.41.num.*13. à quo dissentiunt variè Dd. *Accurs.in l.7.§.1.de pact.& in l.1.ubi & Ias.nu.1.& 2.& alii in l.1.C.hic.Old.class.4.act.38.in pr. Azo in summ.C.nu.1.ubi & Sich.nu.3.Cujac.par.D.& C.Conan.d.c.5.n.7. Ant.Fab.6.conject.9. in fin.* b) *Vult.d.c.41.Myns.in d.§.actionum,nu.96.per l.1.hic.* c) nam si genus cum genere, aut genus cum specie commutetur, putant nostri permutationem non esse, sed contractum, Do ut Des. *Don.in d.tr.c.2. Wes.par.hic,n.10.Ias.in d.l.1. n.10.Azo in sum.C.n.3.ubi & Sich.n.4.Vult.in d.c.41.n.14. Myns.d.loc.n.95.nu.14.Diss.Old. d.act.38.Vaud.1.var.q.25.Cuj.in l.7.de pact.vide Goth.ad d.l.2.hic.Bocer.hic.th.14.* d) *d.l.1. hic.* unde non inconcinnè Canones rescripserunt: spiritualia cum temporalibus, præbenda cum præbendis permutari neutiquam posse, *c.fin.de rer. permut. c.cum olim.6.c.præced.5.eod.*

V.

Ex utraq; parte igitur in permutatione cùm res intervenire debeat, inde quæritur: Si ex una parte res, & simul pecunia detur pro re ex altera parte, an emtio-venditio, an verò permutatio contracta sit? Et principaliter conventionem partium considerandam esse *a* communiter placuit *b*.

a) ut si expressè nominaverint partes venditionem, tum venditio: si permutationem, tum permutatio sit, *l.6. §.1. de act.emt.l.79.de contr.emt.l.18.pr.de donat. l.15.de in diem addi.l.1.C.hic.vide Conan.d.c.5. nu.4.* Est autem hoc negotii genus inter gentes ad Septentrionem usitatissimum, & barbara voce Baraptum appellatur. Quid igitur, si partes nomen contractus non expresserint? Distinguendum an appareat utrum excedat res vel pecunia pro re data. Si pecunia excedit valorem rei simul pro re datæ, erit venditio: si rei pro re datæ valor excedat valorem pecuniæ simul datæ, erit permutatio, *l.27.§.fin.hic, c.ad quæstiones, eod.* Quid si pecunia & res pro re data ejusdem sint valoris? innominatum contractum celebrari docet Bart. *in d. l.1.sequitur Ias.ibid.in fin.Oldend.d.class.4.act.38.nu.2.Dissent.Alc.in l.2.si cert.pet.n.30.& in l.2.n.19.de V.O.eumq; defendit Covar.2.var.res.4.n.19.Tiraq.de retract.lign.§.30.gloss.1. c.3.& 40. Bald prælud.feud.col.7.nu.11. quem rectè reprehendit Ias.d.loc.Conan.d.lib.7.c.5. n.3.* b) *Bart.in d.l.1.& in d.l.18.de donat.Ias.d.loc.& ibid.Castr.Imol.Cuma.Tiraq. d.loc.*

d.lot. Abb.& Canonist in d.c.ad quæstiones. Cov.d.c.4. Gomez.2.var.resol.2.nu.10.Molin.in consuet.Paris.tit.1.& 13.gl.5.qu.12.§.23.& q.15. Guid.Pap.decis.Gratianop.92.n.2.& addit. ibid.Oldend.d.act.38.Sich.ad d.l.1.C.hic.n.5.

VI.

Sequuntur reliquorum contractuum innominatorum species *a*, quæ ad quatuor potissimùm genera rediguntur *b*: aut enim do tibi ut des: aut do ut facias: aut facio ut des: aut facio ut facias *c*: ex quibus omnibus actio *præscriptis* d *verbis* oritur *e*.

a) *tot.tit.hic.* b) *l.5.eod.* c) *d.l.5.§.1.eod.l.7.de pact.* d) quæ & incerta actio, *l.6.8 9.hic.* & incerti condictio, *l.19.§.fi.de precar.* ex incerto contractu promanans, *l.2.eod.* sic dicta, quòd rem gestam præscriptis verbis demonstret, *l.6.C.de transact.l.1.§ in conducto.depos.Ias.in rubr.hic.& ibid.Bart.& vulgò rectè Dd. Don. d.tr.c.21.nu.3.& seqq.Diss.Duar.& post eum Cuj.in d l.7.de pact.idem Cuj.in not.ad tit.de locat.Goth.ad d.l. Alc.lib.ult.dispunct.c.4.Hot.in sua conj.de prescr.verb.* ubi autumat pro (præscriptis) legendum esse (perscriptis) *gl.in d.l.1.Sich.ad rubr. C.de rer.permut.vide Cost.in d.l.1.* e) *Raph.Fulg.ad d.l.5.refert Coras.2.misc.11.* Diss. tamen in eo vulgò cæteri Dd. quòd ex articulo: facio ut des: actionem de dolo tantùm competere putant: de quo dicetur *infrà th.10.*

VII.

Si pecuniam do ut rem accipiam, emtio & venditio est *a*: sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet rerum permutationem emtionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem *b*.

a) *l.5.§.1.hic. vide Coras.2.misc.9.n.7.* eleganter hanc legis particulam explicantem, ubi existimat hic non proponi regulam, quasi ubi pecunia datur ut res accipiatur, statim emtio venditio contrahatur, sed mentem & voluntatem contrahentium inspiciendam esse, (juxta id quod dictum est antè *th.5.*) *Duar.tr.de condict.caus. dat.c.2.* In quam sententiam etiam inclinare videtur Don.*d tr.c.3. & Cuj.23.obs.29.Ias. in d.l.5.§.1.n.6.* Diss. Dd. communiter, quos allegat Jas.*in d.l.5.§.1.* qui distinguunt inter (dare) & (accipere) *Bar.in d.§.1.n.2.& 3.Cost.d.loc.& l.fi.de condict.caus.dat.* quos benè refutasse videtur Coras.*d.loc.per l.1.de rer.perm. & d.l.6.C.de trans.* b) *d.l.5.§. 1.* Sunt tamen, qui putant permutationem usu juris nihil à contractu do ut des differre, ut quidquid de uno horum affirmetur, etiam de altero affirmandum sit, *per l. ult.C.de rer perm.l.5.hic. Conn.7.com.15.Don.c.3.ad h.tit. Pin.ad rub.C.de resc.vend.p.1 c.3. n.15.* verùm id magis communiter improbant post Acc.Dd. *ad d.l.1.C.hic. Wes.par.hic. n.10.Vult.1.Iurisp.41.Ant.Fab.6 conj 9.* Sed hîc pulchrum occurrit dubium: Si scyphos tibi dederim, ut mihi Stichum dares, cujus periculum sit? Et ex sententia Pauli placet meũ esse, *d.§.1.in fi.Coras.d.loc.sequitur Goth.d loc.Pac.vol.2.concil.leg.cent.5.q.23. Diss. Ias.in d.§.1.in fi.& in d.l.fi.Bar.& Cost.ibi. Cuj.d.obs.29. & ad d.l.7.de pact.v.Don.d.tr.c.7.*

VIII.

Explicitus est articulus do ut des: at cùm do ut facias, si tale sit factum locari quod solet, pecunia data locatio est *a*: si res, non erit locatio *b*, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio *c*.

a) *l.5 pr.& §. at cum do,eod. Don.hoc tit.c.2.* quæ ſine mercede, quæ in re fungibili conſiſtit, non procedit, *d.l.5.§.at cum do, h.t.Diſſ.Dd.& præcipuè Coſt.Don.hoc tr. d.c.4.Sich.ad rubr.C.locat. Mud.ad §.item Serviana.Inſt. de act.n.120. Vide Coraſ.2.miſc.4. Pin.ad rubr.l.2.C. de reſc.vend.p.2.c.3.nu.28 & ſeqq.Cuj.ad Afr.8.Weſ.in par.locat.num.7.* b) magnam tamen affinitatem habet articulus hic cum locat. conduct. *d.l.5. §.2.& ibi Bart.Iaſ.Ddq; omnes.* quanquam etiam in multis differat, prout ibi. tradunt Dd.communiter, præcipuè Don.*d.tr.24.& Cuj.ad l.7.ff de pact.ubi etiam Borch.nu.16. & ſeqq.* c) exempla ſunt *in l.6.hic, cum l.ſi tibi decem, & l.ob eam cauſam, eod. Don.d tr.c.9.nu.3.* Quid ſi tale factum ſit locari neutiquam quod poſſit, puta ſervum ut manumittas, etſi pecuniam dem ut facias, at tamen locatio nõ eſt, ſed in id quod intereſt præſcriptis verbis actio, vel utroq; caſu ad repetendum condictio, *d.l.naturalis,§.1.d.l.ſi tibi decem,cum l.ob eam cauſam,h.t.* Quæ autem facta poſſint locari tractat Bart. *in d.§.2.*ubi diſtinguit inter facta quæ merè facti ſunt, & quæ non, & inter ea quæ admixtum jus, ſeu mixturam juris habent: in quo tamen non malè reprehenditur à Jaſ.*d.§.2.per l.rogaſti,19 §.1.hic.* Aliter itaq; diſtinguit Iaſ.*d loc.*nimirum inter factum ex quo ſequitur emolumentum pecuniarium, & illud ex quo non ſequitur, ut in manumiſſione, in quo non procedit locatio, *vide Don.eleganter d.c.4.& præced.diſp.th.2.in fin.*

IX.

Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quem dedi evictus eſt: ſi ſciens dedi de dolo *a* in me dandam actionem Julianus ſcribit: ſi ignorans in factum *b* civilem.

a) *d.l.juriſgentium 7.in pr.de pact.d.l.naturalis 5.§.2.h.t.* Gloſſ.actionem de dolo, pro actione præſcriptis verbis exponit, quæ actio præſcriptis verbis propter dolum competat: quam ut erroneam rejicit Bart. explicans quòd hic textus loquatur de actione danda ei qui facit ex cujus parte eſt facio ut des, in quo articulo actio de dolo præſtatur, *ut §.ſeq.* quam doctrinam partim probat, partim verò improbat Jaſ. *d.loc.n.3.& 4.* Aliam opinionem tuetur Paul.de Caſt.quam optimè Jaſ. *in d.loc.n.3.*refutat, quem vide. Sunt qui exiſtiment *in d.l.naturalis 5. §.at cum do. 2. cum §.ſeq.* eſſe conjungendum *gloſ. ut refert Iaſ.n.3.*quod Cuj. diſplicet, qui illos ſeparandos cenſet. Deniq; Gov. *2.var.27.* putat Juliani opinionem reprobari hic per Mauritianum JC. *in d.l.juriſgentium 7.de pact.& ibi etiam Cujac.Weſ.ibid.nu.9.Iul.Pac.vol.1.leg.concil.cent. 1.qu.87.Alc.in l.Labeo 19.de V.S.Alex.hic.Don.d.tr.c.19.à quibus diſſ.Duar.in d.l.juriſgentium.Iaſ.d.loco,Ddq; communiter.* b) hanc vocem imperitè à Triboniano fuiſſe adjectam monet Cuj.Duar.*in d.l.juriſgen.Weſ.in par.n.9.quos reprehendit Don.d.c.19.*

X.

Succedit articulus facio ut des, & poſteaquam feci ceſſas dare, qua actione mihi proviſum ſit, difficilis ac intricatæ quæſtionis eſt *a*? Et cùm communi Dd. calculo eò itum ſit ex facto meo tibi ſi nihil adſit, actio de dolo ut competat *b*: recedere ab hac recepta opinione in judicando vix licebit: ſed tamen recentiorem ſententiam exiſtimantium ſolam præſcriptis verbis actionem, ſive dolus arguatur ſive non, competere *c*, neutiquam rationibus carere, imò & veriorem eſſe, exiſtimamus.

a) ita

a) ita ut Paul. de Castro existimet hanc disputationem de summis esse apicibus juris, ut si JCti reviviscerent, hanc antinomiam reconciliare non possent: tyronibus enim & veteranis esse incognitam. Deus scit, inquit Cynus, quot sint in ea ignorantes. Alciat. *ad l. 6. C. de transact. in fin.* existimat propterea dari actionem de dolo hîc, quia ex altera tantùm parte factum intervenit: quas tamen rationes Corasius ne dignas quidem refutatione judicat. Ant. Govean. actionem præscriptis verbis tunc competere, quando ille contractus innominatus affinitatem quandam habet cum nominato, vel quando similis sit nominato, *ut refert Coras. 2. misc.* 10. In quam sententiam Cuj. *in d. l. 7. de pact.* inclinare videtur. Aliam opinionem defendit Curt. quam citat & refutat Coras. *d. loco.* quem vide. b) *Bart. in d. l. naturalis, §. quod si faciam 5. ff. h. t. ubi & acutè Ias. per l. cum proponas. C. de dolo. l. solent 15. ff. h. t. Cost. ad d. §. 5. Dissent. Ioan. Gloss. ut refert Bart.* c) *Don. d tr. c.* 10. *cum seqq. Aliter diss. Coras. 2. misc.* 10. *Cont. 1. disp.* 14. *Raphael Fulg. prout eum citat Ias. d. loc. Duar. in d. l.* 7. *Franc. Hot. in conj. de præsc. verb. & in §. actionum, enunc. 5. in fin. Inst. de act.*

XI.

Articulus facio ut facias, qui interdum mandato, interdum commodato affinis est *a*, actionem præscriptis verbis parit, de quo inter omnes convenit *b*.

a) *d. l. naturalis 5. §. sed si facio 4. l si gratuitam 17. §. si cum unum, h. t. l. permisisti, 16. eod. Wes. in par. n. 6. Hot. in sua conject. de præscript. verb.* b) ut & reliqui tres suprà enarrati. *Diss. Hot. d. loc.* ubi & ex his 4. articulis actionem bonæ fidei oriri autumat, *vide Don. in d tr. c. 6.* Notandum tamen est, pœnitentiæ etiam locum esse in innominatis contractibus, *prout docet Don. d. tr. c. 7. l. 5. de cond. caus. dat. l. 1. §. 1. & 2. & §. quod si tale 1. h. t.*

XII.

Atq; hæc de præscriptis verbis: superest actio in factum civilis non præscriptis verbis, quæ citra conventionem *a* alicui legi ex mente & interpretatione ipsius *b* accommodatur: Sicut & alia est in factum Prætoria, quam verbis & mente legis cessante Prætor vel adjuvandi *c* vel supplendi *d* juris civilis gratia comparavit.

a) *Cujac. in par. de præsc. verb. & in not. ad Inst. de locat. & conduct. & in d. l. jurisgentium 7. de pact.* b) *arg. l. 6. §. 1. de V. S. l. quia 11. h. t.* c) *l. actionum genera 25. §. pen. de obl. & act.* d) *l. quia actionum 11. de præscr. verb. l. laqueum, 55. in fin. de adquir. rer. dom. Wes. in par. ff torum hujus tit. in fin. Donel. d. tract. de præscr. verb. cap. 24.*

VOLUMINIS I. FINIS.

(*)